

Roj: STS 4413/2013
Id Cendoj: 28079139912013100007
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 349/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil trece.

Visto por esta Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo número **349/2011**, interpuesto por el Procurador D. Jorge Pajares Moral, en representación de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, en el que el Consejo General del Poder Judicial demandado ha estado representado por el Abogado del Estado, y han intervenido asimismo como partes codemandadas, el Ministerio Fiscal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, representado por su Letrado, el Gobierno de Cantabria, representado por la Letrada de sus servicios jurídicos, el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en representación de la Asociación de Jueces Sustitutos y Magistrados Suplentes, y el Procurador D. Alejandro González Salinas, en representación de D. Gregorio , D. Laureano , D^a. Emilia , D. Raúl , D. Vicente , D. Juan Ignacio , D. Antonio , D. Conrado , D. Everardo y D^a. Penélope , todos ellos nombrados Magistrados Especialistas en el orden jurisdiccional civil, y de D. Juan Ramón , D. Argimiro , D. Claudio , D. Florentino , D. Javier , D. Narciso , D. Secundino , D. Carlos Antonio , D^a. Petra , D. Adriano , D. Bienvenido , D. Elias , D. Gines , D. Leonardo , D. Raimundo , D. Victorio , D. Juan Luis , D. Apolonio , D^a. Andrea , D^a. Debora , D. Domingo , D^a. Isidora , D. Gerardo , D^a. Paula y D. Leovigildo , todos ellos nombrados Magistrados Especialistas en el orden jurisdiccional penal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia, mediante escrito presentado el 6 de julio de 2011, y la Sala, por Providencia de 8 de julio de 2011, admitió a trámite el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase la demanda, lo que verificó en escrito de 18 de octubre de 2011, en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente en defensa de sus pretensiones, y solicitó a la Sala que, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo, y declare nulos los preceptos de la resolución impugnada indicados en el fundamento de derecho segundo.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en fecha 1 de diciembre de 2011, formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, en el que se opuso a la pretensión de la parte actora, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, y solicitó a la Sala que dicte sentencia desestimatoria del recurso.

Por el Ministerio Fiscal se contestó a la demanda en escrito de fecha 12 de enero de 2012, en el que solicitó se dicte sentencia por la que sea estimado el recurso interpuesto por la representación de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria en lo que se refiere al artículo 84 y también al inciso " o asociaciones de cualquier naturaleza" recogido en el artículo 326.1 i), ambos del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial , solicitando la desestimación del recurso en todo lo demás.

Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y por la Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, se evacuó el trámite de contestación a la demanda, en escritos de 23 de febrero y 22 de marzo de 2012, respectivamente, sin pronunciamiento alguno sobre el recurso planteado.

Por la Asociación de Jueces Sustitutos y Magistrados Suplentes no se presentó escrito de contestación en el plazo concedido, declarándose caducado su derecho por diligencia de ordenación de 9 de mayo de 2012.

CUARTO.- Por providencia de 10 de enero de 2013, al haberse publicado en el BOE la L.O. 8/2002, de 27 de diciembre, de modificación de la LOPJ, se acordó oír por cinco días a las partes sobre la posibilidad de que el recurso interpuesto se viera afectado por la entrada en vigor de la citada norma, habiendo presentado escritos de alegaciones el Ministerio Fiscal, en fecha 18 de enero de 2013, la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria y el Abogado del Estado, en fecha 21 de enero de 2013, y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, el 22 de enero de 2013.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo del recurso el día 29 de enero de 2013, fecha en la que se constituyó el Pleno de la Sala, dictándose auto de 4 de febrero de 2013, que ordenó la publicación del anuncio de interposición del recurso en el BOE y en la página web de la Administración demandada, concediendo un plazo de 15 días para la personación de quienes tuvieran interés legítimo en sostener la conformidad a derecho de la disposición impugnada.

SEXTO.- El 20 de marzo de 2013 el Procurador D. Alejandro González Salinas presentó escrito de personación, en representación de los Magistrados nombrados Especialistas en el orden jurisdiccional civil y penal que antes se han indicado, y por providencia de 3 de abril de 2013 se les tuvo por personados en concepto de parte codemandada, dando traslado al citado Procurador de la demanda, a fin de que la conteste, sin que haya lugar a retrotraer las actuaciones.

La representación procesal de los citados codemandados presentó escrito de 6 de mayo de 2013, por el que contestó a la demanda, efectuando las alegaciones que consideró oportunas en defensa de su derecho, y solicitó a la Sala que dicte sentencia, por la que desestime el recurso en cuanto a la impugnación de los artículos 24 a 43, ambos inclusive, del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial .

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 1 de julio de 2013 se requirió a la Asociación recurrente la acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, contestando al requerimiento la Asociación recurrente por escrito de 8 de julio de 2013.

Se señaló para votación y fallo el día 9 de julio de 2013, fecha en que tal diligencia tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria recurso de contencioso administrativo, en el que impugna los preceptos que ahora indicaremos del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, aprobado por acuerdo de 28 de abril de 2011 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

La Asociación recurrente principia su demanda reconociendo que el Consejo General del Poder Judicial tiene atribuida por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), potestad para dictar reglamentos de desarrollo de la ley, que regulen las condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial, sin innovar aquellos ni alterar este en su conjunto.

Seguidamente expone la Asociación recurrente los motivos de su recurso, que se basan, en relación con buena parte de los preceptos que impugna, en la consideración de que el CGPJ ha incurrido en exceso en el ejercicio de su potestad reglamentaria, por establecer regulaciones sin habilitación legal, en otras ocasiones el motivo de la impugnación es la infracción del principio de igualdad, por entender la Asociación recurrente que el Reglamento impugnado introduce diferencias de trato en razón de las personas o las circunstancias que considera improcedentes y, finalmente, en relación con otros preceptos, el motivo de la impugnación se encuentra en que los mismos incurren en arbitrariedad.

Tras el anterior resumen de los motivos de impugnación, la demanda ordena los preceptos que impugna en 18 apartados, en los que detalla las concretas infracciones que aprecia en relación con cada artículo o grupo de artículos recurridos. Dichos apartados de la demanda y preceptos impugnados son los siguientes:

1) Artículo 3.3 sobre ingreso en la Carrera Judicial de juristas de reconocido prestigio, con más de 10 años de ejercicio profesional en una Comunidad Autónoma.

2) Artículo 3.5 sobre la adquisición de la condición de magistrados del Tribunal Supremo de aquellos que, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, tomen posesión como miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

3) Artículo 19.1 sobre el tribunal calificador del concurso de méritos para el ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado.

4) Artículos 24.4 y 37 sobre la celebración de pruebas para el reconocimiento de la condición de especialista en los órdenes civil y penal, a las que pueden concurrir los miembros de la Carrera Judicial que ostenten la categoría de magistrado.

5) Capítulos III, IV y V del Título II, sobre proceso de especialización de magistrados en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, contencioso administrativo, social, y en materia mercantil y de menores.

6) Artículo 84 sobre los efectos, en las solicitudes formuladas en los procedimientos administrativos que se relacionan, del transcurso de los plazos máximos de resolución sin que se hubiese dictado resolución expresa.

7) Artículo 164 sobre la obligación de permanecer dos años en su destino de aquellos miembros de la Carrera Judicial que, destinados en los Juzgados que se indican, adquieran la condición de especialista en los respectivos órdenes o materia.

8) Artículo 192.1 sobre reconocimiento de derechos económicos cuando la suspensión no sea declarada definitiva, ni tampoco se acuerde la separación del servicio.

9) Artículo 210.5 sobre el permiso de vacaciones de los titulares de órganos unipersonales.

10) Artículo 213, apartados 1 y 2, sobre permisos de tres días de los jueces y magistrados.

11) Artículo 223 a) sobre reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de 12 meses.

12) Artículos 272.6, 282 y 283, sobre la negativa a comparecer al segundo llamamiento ante el Equipo de Valoración de Incapacidades en un procedimiento de jubilación por incapacidad permanente, y efectos de la falta de resolución en el plazo de un año en los indicados procedimientos de jubilación por incapacidad.

13) Artículo 286 sobre la adopción de la medida cautelar de suspensión de funciones del juez o magistrado, en un procedimiento de jubilación por incapacidad permanente.

14) Artículo 289 sobre la emisión de un informe por el Servicio de Inspección, en relación con el funcionamiento del órgano jurisdiccional en el que el interesado haya venido desarrollando sus funciones, en el procedimiento de jubilación voluntaria.

15) Artículo 292 sobre el aplazamiento de la efectividad de la fecha de jubilación anticipada.

16) Artículo 319 sobre actuaciones inquietantes o perturbadoras de la independencia de jueces y magistrados.

17) Artículo 326, letras h) e i), sobre las incompatibilidades del cargo de juez o magistrado, y la sujeción a la previa concesión de compatibilidad, para la administración del patrimonio personal o familiar bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, y el desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas y privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza.

18) Artículo 327, sobre el ejercicio de la docencia y la investigación jurídica por parte de los miembros de la Carrera Judicial y la autorización de compatibilidad con el ejercicio de la docencia o investigación jurídica, así como con la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su contestación a la demanda, negó la concurrencia de los motivos de impugnación apreciados por la Asociación recurrente en relación con cada uno de los preceptos recurridos.

Los Magistrados codemandados alegaron, en la fundamentación de su escrito de contestación, la concurrencia de la causa de inadmisión de falta de aportación del documento a que se refiere el artículo 45.2 d) de la Ley de la Jurisdicción, y se opusieron a la demanda exclusivamente en el extremo relativo a la impugnación del artículo 24.4 del Reglamento, que prevé la concurrencia de los miembros de la Carrera

Judicial con la categoría de magistrado a las pruebas de reconocimiento de la condición de especialista en el orden civil y penal, así como los artículos del Capítulo III del Título V, que regulan el proceso de especialización de magistrados en el orden civil y penal.

No cabe acoger la causa de inadmisión invocada, pues tras el requerimiento de subsanación efectuado por la Secretaria de Sala, la Asociación recurrente acreditó, mediante certificación de la Secretaria del Comité de Coordinación Nacional, que el Comité Nacional, en su reunión de 26 de mayo de 2011, adoptó el acuerdo de recurrir el Reglamento 2/2011, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de abril de 2011, autorizando y apoderando expresamente al Portavoz Nacional para ello en cuantas vías e instancias resulten procedentes.

TERCERO.- La Asociación de jueces y magistrados recurrente plantea en este recurso la cuestión de los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial, que considera traspasados en los preceptos impugnados.

El artículo 122 CE establece que la ley orgánica del poder judicial determinará, entre otras cuestiones, el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, y el Tribunal Constitucional ha interpretado el alcance de esta reserva de ley en su sentencia 108/1986, precisando que *"...El status de los Jueces y Magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales Jueces y Magistrados, ha de venir determinado por ley y más precisamente por Ley Orgánica (art. 122.1 de la Constitución). Ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese status. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar puedan ser dispuestas por vía reglamentaria. Pero en el bien entendido que tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los Jueces y sí sólo regular, como se ha dicho, condiciones accesorias para su ejercicio."*

La LO de 16/1994, 8 noviembre, de reforma de la LOPJ, dio nueva redacción al artículo 110, a fin de ajustar la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial a las declaraciones de la STC 108/1986, como reconoce en su Exposición de Motivos: *"El texto de la presente Ley Orgánica mediante el que se regula explícitamente la expresada potestad se ajusta a lo declarado en la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, que reconoce aquélla. La formulación legal opta por ceñirse estrictamente a las manifestaciones del Tribunal Constitucional, el cual ha declarado que los Reglamentos de desarrollo del Consejo General sólo pueden contener regulaciones de carácter secundario y auxiliar, dado el carácter estricto de la reserva de ley orgánica para las cuestiones referentes al estatuto judicial y al funcionamiento y gobierno de los tribunales."*

La redacción del artículo 110 LOPJ, dada por LO 16/1994, experimentó alguna modificación en la reforma operada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre, en relación con las materias sobre las que el Consejo General del Poder Judicial podía ejercer la potestad reglamentaria reconocida, pero la cuestión de los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria se mantuvo sin alteración y constituye el texto hoy vigente.

De acuerdo con el artículo 110.2 LOPJ, el Consejo General del Poder Judicial es titular de potestad reglamentaria, en los términos y con los límites siguientes:

El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de su competencia y con subordinación a las leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar.

Estos reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquellos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta ley, en aquellos en que así se prevea en esta u otra ley y, especialmente, en las siguientes materias:

(a continuación se identifican, en 19 apartados comprendidos entre la letra a) y la letra r), las materias sobre las que la LOPJ autoriza al CGPJ a dictar Reglamentos).

Además de estos límites específicos, el ejercicio de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial se encuentra sujeto a las exigencias de tipo formal, relativas al procedimiento de elaboración y publicidad, que se establecen en los apartados 3 y 4 del artículo 110 LOPJ, respecto de las que no se alega incumplimiento alguno en la demanda, y a las exigencias y límites de tipo material, que recuerda la sentencia de esta Sala, de 28 de junio de 2004 (recurso 74/2002), que incluyen además de la reserva de ley material y formal, el respeto a los principios generales del derecho y la interdicción de la arbitrariedad.

Examinaremos seguidamente, si el Consejo General del Poder Judicial ha ejercitado su potestad reglamentaria dentro de los límites indicados, en relación con los preceptos impugnados y los motivos de nulidad invocados por la Asociación de jueces y magistrados recurrente.

CUARTO.- La Asociación recurrente considera nulo el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento 2/2011 , que dispone lo siguiente:

También ingresarán en la Carrera Judicial los juristas de reconocido prestigio con más diez años de ejercicio profesional en una Comunidad Autónoma, que sean nombrados magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Para la Asociación recurrente el contenido del precepto excede de la potestad reglamentaria del CGPJ, porque esta forma de acceso a la Carrera Judicial no está incluida en el Capítulo II, del Título I del Libro IV de la LOPJ, que trata del "ingreso y ascenso en la Carrera Judicial", sino en los artículos 330.4 y 331 LOPJ .

Sin embargo, considera esta Sala que el precepto impugnado no contiene ninguna innovación en relación con la regulación de esta materia en la LOPJ, ni reconoce el ingreso en la Carrera Judicial a jueces o magistrados en condiciones distintas a las previstas en dicho texto legal.

El artículo 3.3 impugnado se encuentra en el Capítulo I del Título I del Reglamento 2/2011 , de disposiciones generales sobre la selección para el ingreso en la Carrera Judicial, que describen las diferentes formas de acceso a la Carrera Judicial que resultan de la LOPJ. En dicho Capítulo I del Título I el artículo 2 se refiere al supuesto que hoy puede considerarse ordinario o más frecuente de ingreso en la Carrera Judicial, que es el que tiene lugar por la categoría de juez y mediante la superación de una oposición libre, y seguidamente, el artículo 3 del Reglamento 2/2011 , refiere otras formas de ingreso en la Carrera Judicial, con cita además del precepto de la LOPJ que regula dicho acceso, en concreto las siguientes:

1) Directamente por la categoría de Magistrado, mediante concurso entre juristas de reconocida competencia, con más de 10 años de ejercicio profesional.

2) Los miembros de la Carrera Fiscal que superen las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y laboral.

3) Los juristas de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en una Comunidad Autónoma, que sean nombrados magistrados de las Salas Civil y Penal de los TSJ.

4) Por la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo, los abogados y juristas de prestigio que reúnan méritos suficientes y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a 15 años.

5) El último apartado del artículo 3 del Reglamento se refiere a la adquisición de la condición de magistrados del Tribunal Supremo de aquellos que, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, tomen posesión como miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, supuesto en el que más adelante nos detendremos, por ser también objeto de impugnación en la demanda.

El artículo 33.3 del Reglamento 2/2011 reconoce el ingreso en la Carrera Judicial a los juristas de reconocido prestigio, con más de 10 años de ejercicio profesional en una comunidad autónoma, que sean nombrados magistrados de las Salas Civil y Penal de los TSJ, al amparo de lo dispuesto en el artículo 330.4 LOPJ . Dicho precepto de la Ley Orgánica establece que en las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, una de cada tres plazas se cubrirá por un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la comunidad autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General de Poder Judicial, sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa.

Por tanto, el acceso a la categoría de magistrado en las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, de juristas de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en una comunidad autónoma, es una previsión legal y no una creación del Reglamento.

La integración de estos magistrados en la Carrera Judicial resulta, además, del artículo 298 LOPJ , que indica que las funciones jurisdiccionales en juzgados y tribunales de todo orden regulados en dicha ley, se ejercerán "*únicamente*" por jueces y magistrados profesionales que integran la Carrera Judicial, con las únicas excepciones detalladas en el apartado 2 del mismo precepto, que señala que también ejercen funciones jurisdiccionales, sin pertenecer a la Carrera Judicial, los magistrados suplentes, los que sirven plazas de jueces como sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos.

Por tanto, la Carrera Judicial está formada por jueces y magistrados profesionales que ejercen funciones jurisdiccionales en juzgados y tribunales de todo orden, con las excepciones que de forma taxativa indica el apartado 2 del precepto, los magistrados suplentes, jueces sustitutos, jueces de paz y sus sustitutos, y entre las que no se incluyen los magistrados de las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ. De esta forma, si los magistrados a los que se refiere el artículo 3. 3 del Reglamento, desempeñan funciones jurisdiccionales en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y no figuran en las excepciones del apartado 2 del artículo 298, debe concluirse que están incluidos entre los jueces y magistrados que desempeñan funciones jurisdiccionales en juzgados y tribunales de todo orden, integrantes de la Carrera Judicial, a los que se refiere el apartado 1 del citado artículo 298 LOPJ .

Por lo anterior, se desestima la impugnación del artículo 3.3 del Reglamento.

QUINTO.- También considera la Asociación Judicial recurrente que excede de la potestad reglamentaria del CGPJ el apartado 5 del mismo artículo 3 del Reglamento impugnado, que establece:

Adquirirán la condición de magistrados del Tribunal Supremo aquellos que, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, tomen posesión como miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

Para la Asociación recurrente este precepto excede de la potestad reglamentaria del CGPJ, porque en la LOPJ no existe una norma equivalente.

Debe advertirse que este precepto reglamentario, a diferencia del precepto anterior, ni siquiera se refiere al ingreso en la carrera judicial, sino que se limita a constatar la adquisición de la condición de magistrados del Tribunal Supremo de quienes, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, tomen posesión como miembros de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

El artículo 55 LOPJ , a propósito de la composición y atribuciones de las Salas del Tribunal Supremo, señala que la Sala de lo Militar se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la propia LOPJ y el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo.

Esta legislación específica está constituida por Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que, en su artículo 24 , indica que la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo estará integrada por su presidente y siete magistrados, de los que cuatro procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar.

En relación con estos últimos magistrados, el artículo 28 de la LO 4/1987 añade que la toma de posesión de los miembros de la Sala procedentes del Cuerpo Jurídico Militar *"les conferirá de forma permanente la condición y Estatuto personal de Magistrados del Tribunal Supremo a todos los efectos, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin poder volver a situación de actividad en las Fuerzas Armadas."*

Así pues, la LO 4/1987 señala que, por su toma de posesión, los miembros de la Sala Quinta procedentes del Cuerpo Jurídico Militar, adquieren la condición de Magistrados del Tribunal Supremo, a todos los efectos, y al limitarse el precepto reglamentario impugnado a constatar esa adquisición de la condición de Magistrados del Tribunal Supremo, ordenada por la Ley Orgánica 4/1987, no cabe apreciar ningún exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria en el precepto impugnado.

SEXTO.- Considera nulo la Asociación Judicial recurrente el artículo 19.1 del Reglamento 2/2011 que, a propósito del ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado, mediante la superación de concurso de méritos, se refiere al tribunal calificador, indicando lo siguiente:

El tribunal será nombrado por el Consejo General del Poder Judicial. Estará presidido por el Presidente del Tribunal Supremo o magistrado del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia en quien delegue.

La Asociación recurrente considera nulo dicho precepto reglamentario porque se aparta de lo dispuesto en el artículo 314 LOPJ , que dispone:

El Tribunal de las pruebas selectivas previstas en el artículo 312 de esta Ley será nombrado por el Consejo General del Poder Judicial, estará presidido por el Presidente del Tribunal Supremo o Magistrado del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia en quien delegue,

El motivo de la impugnación estriba, por tanto, en que el artículo 19.1 del Reglamento permite que el Presidente del Tribunal Supremo delegue la presidencia del Tribunal calificador en un magistrado del Tribunal Supremo, en un magistrado de la Audiencia Nacional o en un magistrado de un Tribunal Superior de Justicia, mientras que el artículo 314 LOPJ limita esa posibilidad de delegación únicamente a un magistrado

del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, pero no contempla la posibilidad de delegación en un magistrado de la Audiencia Nacional.

No puede apreciarse infracción o contradicción del artículo 19.1 del Reglamento con el artículo 314 LOPJ , porque ambos preceptos están regulando la composición de Tribunales diferentes o para pruebas selectivas distintas. El artículo 314 LOPJ , que la Asociación recurrente cita como infringido, regula la composición del Tribunal de las pruebas selectivas previstas en el artículo 312 LOPJ , que son las pruebas para la promoción de la categoría de juez a la de magistrado en los órdenes civil y penal, mientras que el artículo 19.1 del Reglamento, cuya nulidad pretende la parte recurrente, se refiere a la composición del Tribunal calificador de las pruebas de ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado mediante la superación de concurso de méritos.

Por tratarse de Tribunales distintos, que tienen por objeto la valoración de pruebas selectivas diferentes, no puede acogerse la impugnación de la Asociación recurrente, basada en la falta de concordancia entre el precepto reglamentario impugnado y el artículo 314 LOPJ .

SÉPTIMO.- La Asociación judicial recurrente impugna el artículo 24.4 del Reglamento, que posibilita que miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado y dos años de servicios efectivos, puedan concurrir a pruebas que convoque el Consejo General del Poder Judicial para el reconocimiento de la condición de especialistas en los órdenes civil y penal:

Dice así el artículo 24.4 del Reglamento:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior, los miembros de la Carrera Judicial que ostenten la categoría de magistrado con, al menos, dos años de servicios efectivos podrán concurrir a la celebración de las pruebas que específicamente convoque el Consejo General del Poder Judicial para el reconocimiento de la condición de especialista en los órdenes civil o penal. Estas pruebas se convocarán cuando lo requieran las necesidades del servicio y se desarrollarán de conformidad con lo previsto el Capítulo III.

Para la parte actora, este precepto no encuentra acomodo en el artículo 311 LOPJ , que establece las pruebas selectivas y de especialización a que pueden presentarse los jueces, pero respecto de los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado, el precepto únicamente contempla que puedan presentarse a las pruebas de especialización en el orden contencioso administrativo y social, sin perjuicio de lo relativo a la especialización en materia mercantil y de menores. Añade que también carece de habilitación en la LOPJ el inciso del artículo 37 del Reglamento, que reconoce la figura de magistrados especialistas del orden jurisdiccional civil y penal.

El Abogado del Estado en su contestación reconoce que el artículo 311.1 LOPJ sólo regula, en los órdenes civil y penal, las pruebas de selección como un medio de provisión, entre jueces, de la tercera de las vacantes que se produzca en la categoría de magistrado, pero estima que una interpretación completa de la normativa orgánica apunta en una dirección distinta, y cita en apoyo de su tesis el artículo 344 LOPJ , que para la cobertura de las plazas de magistrado del Tribunal Supremo, establece que dos corresponderán a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden civil y penal, o que las superen ostentando esa categoría, y el artículo 333 LOPJ , relacionado con la Presidencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, que se proveerá entre magistrados con más de 15 años de antigüedad en la carrera, que hayan prestado servicios al menos durante 10 años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose, entre ellos, a quien ostente la condición de especialista. Considera, en suma, el Abogado del Estado que la reforma de la LOPJ, efectuada por LO 19/2003, de modificación del artículo 344 LOPJ citado, permite colegir que la legislación orgánica prevé la especialización de los magistrados en los órdenes civil y penal, y que el Consejo General del Poder Judicial no ha rebasado los límites de la potestad reglamentaria al establecer un cauce para que tal especialización pueda tener lugar, pues el artículo 110.2, párrafo segundo, permite el desarrollo reglamentario en materia relativa a la especialización en la Carrera Judicial.

La Sala considera que la LOPJ no contempla la especialización de los magistrados en el orden civil y penal, y sus artículos 311 y 312 son categóricos al respecto, al distinguir entre las pruebas selectivas en los órdenes civil y penal, y las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social.

El artículo 311 LOPJ , en su apartado 1, se ocupa del acceso a la categoría de magistrado, que se verifica en las proporciones que indica: de cada cuatro vacantes, dos se proveerán con los jueces que ocupen el primer lugar en el escalafón dentro de la categoría, la tercera vacante, por medio de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal y de especialización en los órdenes contencioso-administrativo,

social y mercantil, y la cuarta vacante, por concurso entre juristas de reconocida competencia y con más de diez años de ejercicio.

Las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, junto con las de especialización en los órdenes contencioso- administrativo, social y mercantil se establecen, en el artículo 311.1 LOPJ , como pruebas de promoción o de acceso de los jueces a la categoría de magistrado. Pero además, y esto es lo decisivo, el mismo artículo 311 LOPJ , en su apartado 2, contiene una previsión expresa que permite que los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado participen también en estas pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, al indicar "*...Podrán presentarse también a las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado, y como forma de acceso a la Carrera Judicial, los de la Carrera Fiscal*", sin que el precepto contenga ninguna previsión de esta clase en relación con la participación de magistrados en las pruebas selectivas en los órdenes civil y penal.

Por tanto, el artículo 311 LOPJ establece las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal como unas pruebas de promoción a la categoría de magistrado, a las que únicamente pueden concurrir los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de juez, y no como pruebas de especialización a las que puedan presentarse los miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado.

Reitera la anterior interpretación el artículo 312 LOPJ que, en sus apartados 1 y 2, establece una clara distinción entre las pruebas selectivas para la promoción de la categoría de juez a magistrado en los órdenes jurisdiccionales civil y penal y las pruebas para la promoción de la categoría de juez a la de magistrado especialista de lo contencioso administrativo y de lo social. Dicho precepto reserva la denominación de magistrado especialista para quienes superen las segundas pruebas, para las que exige además, como elemento cualitativo, la apreciación de los conocimientos que sean propios de cada orden jurisdiccional.

El contenido que los artículos 311.1 y 312.1 LOPJ atribuye a las pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, es la promoción a la categoría de magistrado del juez que las supere, mientras que en el caso de las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, su contenido se integra no solamente por ese acceso a la categoría de magistrado, igualmente previsto en el artículo 311.1, en el caso de que quien concurra y supere las pruebas de especialización tenga la categoría de juez, sino también, para los jueces y magistrados que superen dichas pruebas, la LOPJ establece un sistema de preferencias y de reserva de plazas y destinos de la Carrera Judicial en los respectivos órdenes jurisdiccionales, entre ellas, la preferencia para la provisión de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo y de lo Social (artículo 329.2 LOPJ) y de los Juzgados de lo Mercantil (artículo 329.4 LOPJ), y la reserva de una de las plazas de las Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo y de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia a los magistrados especialistas en los órdenes respectivos, o de dos o más plazas si la Sala o Sección se compusiera de cinco o más magistrados (artículos 330. 2 y 3 LOPJ), sin que la LOPJ establezca un sistema equivalente de preferencias de plazas y destinos en relación con las pruebas selectivas en el orden civil y penal.

Es cierto que, como expone el Abogado del Estado, puede encontrarse alguna cita en el texto de la LOPJ a una especialización en el orden penal, pero se trata de referencias marginales, dispersas y fragmentarias, sin que exista una regulación suficientemente detallada, que permita afirmar que la Ley Orgánica contemple o prevea la participación de magistrados en pruebas de especialización en materia civil y penal, lo que se hace más evidente si se pone en relación esa ausencia de regulación con la claridad y precisión empleadas por la LOPJ al establecer la existencia de pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales contencioso administrativo y social, en el artículo 311, apartados 1 y 2 , que expresamente establecen pruebas de especialización en dichos órdenes y prevén, también de forma inequívoca, la participación en las mismas de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado.

Así llegamos a la conclusión de que la LOPJ no establece pruebas de especialización en el orden civil y penal para los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado, sino que se trata de una creación ex novo del Reglamento, que efectúa una regulación innovadora en materia del estatuto de jueces y magistrados, que no puede considerarse accesoria, excediendo por tanto de los límites que delimitan su potestad reglamentaria en el artículo 110 LOPJ .

La conclusión alcanzada sobre la extralimitación reglamentaria en la regulación de estas pruebas no obsta para que la superación de las mismas por los magistrados codemandados pueda ser apreciada como un mérito cualificado para su promoción en la Carrera Judicial, que tenga en cuenta la objetividad y rigor de las referidas pruebas.

Por lo anterior estimamos el recurso en el extremo examinado, con anulación del artículo 24.4 del Reglamento 2/2011 .

OCTAVO.- Seguidamente la Asociación recurrente impugna los Capítulos III, IV y V del Reglamento, relativos a los procesos de especialización de magistrados en los órdenes civil y penal (Capítulo III), pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social y en materia mercantil (Capítulo IV) y pruebas de especialización en materia de menores (Capítulo V), comprendiendo estos Capítulos desde el artículo 41 al 67 del Reglamento, ambos inclusive.

La anulación del artículo 24.4 del Reglamento, de la que se ha tratado en el Fundamento de Derecho precedente, sobre las pruebas de especialización para el reconocimiento a los miembros de la carrera judicial con la categoría de magistrados de la condición de especialista en los órdenes civil y penal, lleva consigo la de los dos preceptos que integran el Capítulo III del Título II, los artículos 41 y 42 del Reglamento, sobre proceso de especialización de magistrados en los órdenes jurisdiccionales civil y penal.

En este caso se impugnan, de forma genérica y sin citarse ningún precepto concreto, además del Capítulo III (artículos 41 y 42), los Capítulos IV y V, que comprenden los artículos 43 a 67 del Reglamento, en base a diversas consideraciones sobre la infracción del principio de igualdad y la interdicción de la arbitrariedad.

Se trata de una impugnación global que se basa en que las pruebas de especialización en los órdenes civil, penal, contencioso administrativo, social, mercantil y menores, establecen diferencias en materia de requisitos, pruebas y consecuencias derivadas de la especialización, que incurren en arbitrariedad y afectan al principio de igualdad, estimando preferible la Asociación recurrente un sistema más uniforme, con requisitos, pruebas y consecuencias comunes para todas las especialidades, sin perjuicio de las particularidades de cada una.

No es posible atender este último alegato sobre la regulación de las pruebas de especialización que la Asociación de jueces y magistrados considera preferible, pues el control jurisdiccional sobre los reglamentos, que efectuamos en este recurso, se extiende al cumplimiento de exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse el ejercicio de la potestad reglamentaria, pero cumplidos dichos requisitos de fondo y formales, queda a salvo y ha de respetarse el contenido de la norma, que no puede anularse por razón de las opciones o alternativas adoptadas por el titular de la potestad reglamentaria, salvo que supongan una extralimitación o una infracción del ordenamiento jurídico, incluida la prohibición de la arbitrariedad, y sin que sea posible en este enjuiciamiento, como ahora pretende la Asociación recurrente, sustituir el régimen de requisitos, pruebas y consecuencias de la especialización que ha determinado el titular de la potestad reglamentaria por el que la parte recurrente estime preferible o deseable.

En este apartado ha de señalarse que la habilitación reglamentaria para dictar normas sobre el desarrollo de las pruebas selectivas se efectúa por el artículo 110.2, letra e), que permite al CGPJ dictar normas secundarias y accesorias en materia de forma de obtención de títulos de especialización.

El examen de esta alegación exige comprobar si los diferentes requisitos, pruebas y consecuencias de cada uno de los procesos de especialización que cita la parte recurrente tienen o no una justificación razonable y si lesionan el principio de igualdad.

La parte recurrente señala, en primer lugar, que no alcanza a comprender, en materia de requisitos para participar en los procesos selectivos, que las pruebas de la especialidad de menores se limiten a los miembros de la carrera judicial con la categoría de magistrado, a diferencia de otras pruebas de especialización que no exigen tal requisito, encontrándose la respuesta en el principio de subordinación del Reglamento ahora impugnado a las disposiciones de la LOPJ que desarrolla pues, por un lado, el artículo 329.3 LOPJ atribuye preferencia para cubrir los Juzgados de Menores en favor de quienes, ostentando la categoría de magistrado y acreditando la correspondiente especialización en materia de menores en la Escuela Judicial, tengan mejor puesto en su escalafón y, por otro lado, el artículo 311 LOPJ, antes examinado, no incluye la especialización en menores entre las pruebas que permiten la promoción de la categoría de juez a la de magistrado.

También la Asociación recurrente incluye en su impugnación la regulación de las diferentes pruebas, que considera que en unos casos, como sucede con las pruebas de especialización en materia mercantil y de menores, se efectúa con todo detalle, mientras que en otros casos, como ocurre con las pruebas de especialización en materia contencioso administrativo y social, estima que apenas se fijan criterios para su desarrollo, lo que genera inseguridad en la carrera profesional.

No aprecia la Sala esa falta de regulación en las pruebas de especialización en los órdenes contencioso administrativo y social, que denuncia la demanda, pues los artículos 43 a 49 del Reglamento detallan lo relativo a la presentación de solicitudes, admisión y exclusión de candidatos, designación del tribunal calificador, constitución del tribunal, recusación y abstención de sus miembros, quorum, funcionamiento y sustituciones, el artículo 49 del Reglamento establece que las pruebas consistirán en ejercicios teóricos y prácticos y un curso de formación en la Escuela, remitiéndose en cuanto a la realización de las pruebas, y nombramiento y provisión de destinos, a las normas sobre las pruebas de selección en los órdenes civil y penal, en lo que resulte aplicable, y los artículos 50 a 53 del Reglamento indican las materias sobre las que versarán las pruebas teóricas y prácticas y las actividades que habrán de desarrollar los aspirantes en el correspondiente curso.

Como motivo distinto de impugnación, se refiere la Asociación recurrente a los distintos méritos que se ponderan en las pruebas de especialización, pues en unos casos se valoran los años de servicio efectivo, la formación específica recibida, las actividades de especial relevancia y el conocimiento de asuntos de especial complejidad o trascendencia, como sucede en las pruebas de especialización en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, mientras que en otros casos no se prevé la valoración de los años de servicio, ni la formación y conocimiento de la jurisdicción, como en las pruebas de especialización en lo contencioso administrativo y social, todo lo cual carece de justificación y razonabilidad y genera discriminación entre los magistrados.

Con la salvedad de que la referencia a las pruebas de especialización en los órdenes civil y penal no puede aceptarse como término de comparación, después de la anulación de los preceptos relativos a dichas pruebas, tampoco puede compararse con la parte recurrente que las diferencias que pone de relieve en los méritos que se valoran sean arbitrarias o infrinjan el principio de igualdad, puesto que su justificación se encuentra en el diferente punto de partida de cada prueba, ya que la regla general y la práctica de la Carrera Judicial es que los jueces y magistrados a quienes se dirigen las pruebas de especialización, tendrán una formación inicial y una experiencia mayor en materia civil y penal que en contencioso-administrativo y social, por lo que es lógico que las pruebas selectivas atiendan a esta realidad, mientras que, en el caso de las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional contencioso administrativo y social, al partir de la realidad contraria de la falta de formación inicial y experiencia, es razonable que las pruebas pongan mayor énfasis en valorar unos conocimientos específicos que no proporciona la oposición de ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de juez, ni reúnen quienes no han desempeñado funciones en dichos órdenes jurisdiccionales.

Por las razones expresadas, se estima el recurso en relación con los artículos 41 y 42 (Capítulo III del Título II), que se anulan, y se desestima en relación con los artículos 43 a 67 (Capítulos IV y V del Título II).

NOVENO.- Alega la parte recurrente la nulidad del artículo 84 del Reglamento, al infringir el artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que establece la regla general del efecto positivo del silencio en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

El artículo 84 del Reglamento impugnado indica lo siguiente:

Las solicitudes formuladas en los procedimientos administrativos que se relacionan seguidamente se podrán entender desestimadas, una vez transcurridos los plazos máximos de resolución señalados a continuación, sin que se hubiera dictado resolución expresa:

- a) Reconocimiento de servicios previos, antigüedad y trienios: tres meses.
- b) Comisiones de servicio: tres meses.
- c) Declaración de situaciones administrativas, salvo los supuestos incluidos en los apartados y artículos siguientes: tres meses.
- d) Excedencia voluntaria por interés particular: dos meses.
- e) Declaración de aptitud para el reingreso del excedente voluntario por interés particular, cuando proceda: tres meses.
- f) Declaración de aptitud para el reingreso al servicio activo del suspenso: tres meses.
- g) Licencia por asuntos propios sin retribución: dos meses.
- h) Compatibilidad: tres meses.
- i) Nombramientos, provisión de destinos y promociones de carácter íntegramente reglado: los plazos previstos en su normativa específica y, en su defecto, el general de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

j) *Reclamación contra el escalafón general de la Carrera Judicial: tres meses.*

k) *Servicios especiales: dos meses.*

l) *Licencias para realizar estudios, en general o relacionadas con la función judicial, salvo las que tengan por objeto participar en actividades organizadas por el Consejo General del Poder Judicial o hayan de tener lugar en el extranjero: dos meses.*

m) *Permisos y licencias para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género cuya concesión corresponda al Consejo General del Poder Judicial: tres meses.*

n) *Licencia parcial por enfermedad: tres meses.*

ñ) *Cualquier otro procedimiento cuya resolución implique efectos económicos actuales o que puedan producirse en cualquier momento: los plazos previstos en su normativa específica y, en su defecto, el general de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .*

La alegación de nulidad que se invoca se basa en la infracción por el precepto reglamentario del artículo 43.1 LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero , que establece la regla general contraria de atribuir sentido positivo al silencio, al indicar que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, " *el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.*"

La LOPJ no contiene ninguna previsión sobre el sentido que deba atribuirse a la falta de resolución expresa de los procedimientos en el plazo establecido, por lo que entra en juego la llamada en favor de la aplicación de las normas de la LRJPAC, que efectúa la propia LOPJ en su artículo 142.1 , conforme al cual, en lo no previsto por la norma orgánica, " *se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo, sin que, en ningún caso, sea necesaria la intervención del Consejo de Estado.*"

Si la LRJPAC resulta de aplicación, es claro que el Reglamento 2/2011 carece del rango exigido por el artículo 43.1 de aquella para establecer excepciones a la regla general del sentido positivo del silencio en los procedimientos iniciados por solicitud del interesado, pues no se trata de una norma con rango de ley ni de una norma de derecho comunitario.

En este punto es conveniente una referencia a los antecedentes del precepto impugnado y su relación con los cambios operados en la redacción del artículo 43.1 LRJPAC.

En su redacción original, el artículo 43 LRJPAC atribuía a la falta de resolución en los procedimientos iniciados por solicitudes de los particulares un sentido estimatorio, salvo los casos en que la normativa respectiva estableciera que debían entenderse desestimadas si no recaía resolución expresa, entendiéndose que esa expresión de "normativa respectiva" incluía la normativa de rango reglamentario reguladora de los distintos procedimientos. Por tal razón, las excepciones al sentido estimatorio del silencio, que se establecían en el artículo 123 del anterior Reglamento 1/95, de la Carrera Judicial , estaban perfectamente ajustadas a las exigencias del artículo 43.1 que no requería rango de ley.

Sin embargo, la reforma de la LRJPAC operada por la Ley 4/1999 introdujo cambios relevantes en la regulación del silencio, al exigir imperativamente que las excepciones a la regla general del sentido estimatorio del silencio se establecieran por norma con rango de ley o norma de derecho comunitario.

El Reglamento 2/2011, a pesar de que en su Exposición de Motivos (apartado V) indica que en materia de tramitación de expedientes se ha actualizado el Reglamento 1/95 en función de los cambios operados en la LOPJ, lo cierto es que mantiene unas excepciones al principio general de la LOPJ sobre el sentido del silencio, que si bien eran conformes a la LRJPAC bajo su redacción original, sin embargo desde la modificación operada por la Ley 4/99 ya no pueden efectuarse por norma reglamentaria.

El Abogado del Estado plantea que, si nos atenemos a la literalidad del artículo 142.1 LOPJ , la llamada a la aplicación de la LRJPAC en lo no previsto por la LOPJ sería admisible únicamente en materia de procedimientos, cuyas normas se contienen en el Título VI, en materia de recursos, regulados en el Título VII, y en materia de forma de los actos administrativos, a que se refiere el artículo 55 y el Capítulo II del Título V, de forma que la supletoriedad no alcanzaría al artículo 43 LRJPAC, que se encuentra en el Título IV.

Las razones invocadas por el Abogado del Estado no parecen suficientes para excluir la aplicación del artículo 43.1 LRJPAC, porque el artículo 142.1 LOPJ, cuando hace la llamada a la aplicación de las normas de la LRJPAC, no atiende a criterios de colocación sistemática, sino a criterios de tipo material, en atención a la materia regulada, ordenando la aplicación de las normas de la LRJPAC en materia de procedimientos, recursos y forma de los actos, y no cabe duda que las normas sobre los efectos de la falta de resolución en plazo de los procedimientos son normas sobre procedimientos, que han de considerarse incluidas en la llamada a su aplicación en defecto de previsión de la LOPJ, que efectúa el artículo 142.1 LOPJ de dicha ley.

Cabe también plantearse si la norma reglamentaria impugnada pudiera estar amparada por la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 4/1999, que prevé la subsistencia de las normas preexistentes. La modificación introducida por la Ley 4/1999 en la regulación del silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, a partir de la cual las excepciones a la regla general del sentido estimatorio sólo podían efectuarse por norma con rango de ley o norma de derecho comunitario, no tuvo un efecto derogatorio inmediato en relación con las normas anteriores, pues la Disposición Adicional 1ª.2 de la Ley 4/99 concedió un plazo al Gobierno de dos años, para la adaptación al sentido positivo del silencio de las normas reguladoras de los procedimientos, estableciendo la Disposición Transitoria 1.3 de la Ley 4/99 la consecuencia de que, hasta que se llevaran a efecto las anteriores previsiones, conservara su validez el sentido del silencio administrativo establecido en las citadas normas.

Sin embargo, esta Disposición Transitoria, que podría amparar la subsistencia después de la reforma de la LRJPAC operada por la Ley 4/99, de la regulación sobre el silencio del Reglamento 1/95, no puede ser de aplicación al nuevo Reglamento 2/2011.

Es criterio jurisprudencial de esta Sala, mantenido en sus sentencias de 31 de enero de 2001 (recurso 507/1998), sobre impugnación del Reglamento Hipotecario y de 20 de mayo 2008 (recurso 63/2007), sobre impugnación del Reglamento Notarial, que el hecho de que algunos preceptos de los Reglamentos recurridos tuvieran vigencia con anterioridad, en ocasiones en normas reglamentarias preconstitucionales, no impide que al publicarse el nuevo Reglamento las personas legitimadas puedan impugnar todos los preceptos que hubieran sido objeto de modificación o nueva redacción, con independencia de lo extensa o intensa que sea la reforma introducida y de que fueran mera reiteración de los precedentes, sin que pueda perpetuarse indefinidamente la infracción del principio de reserva de ley con el pretexto de que no se introducen modificaciones en el reglamento anterior.

Este criterio jurisprudencial se apoya, a su vez, en la doctrina constitucional en materia sancionadora, recogida en la STC 50/2003, que no permite que las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales se actualicen por la misma vía reglamentaria, aunque se limiten a reproducir el contenido de la regulación anterior.

Conforme a lo razonado, cabe concluir que el artículo 84 del Reglamento contiene una regulación incompatible con el artículo 43.1 LRJPAC, ya que establece por vía reglamentaria excepciones a la regla general del sentido positivo del silencio, cuando la norma legal exige imperativamente que tales excepciones se establezcan por norma con rango legal o norma de derecho comunitario.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 84 del Reglamento infringe el principio de jerarquía normativa, al efectuar una regulación contraria al artículo 43.1 LRJPAC, por lo que debe estimarse el recurso en este apartado y declararse la nulidad de dicho precepto.

Esta nulidad alcanza a la regulación declarada incompatible con la norma legal, es decir, al establecimiento por el Reglamento impugnado de excepciones a la regla general establecida por la LRJPAC sobre el sentido estimatorio del silencio, con la consecuencia, en relación con los quince procedimientos o grupos de procedimientos que se incluyen en los apartados de las letras a) a ñ) del artículo 84 del Reglamento, de que el efecto que debe atribuirse a la falta de resolución del procedimiento en plazo, dependerá no de la disposición reglamentaria que se anula, sino del encaje del respectivo procedimiento bien en la regla general del sentido estimatorio del silencio, bien en las excepciones de sentido desestimatorio, establecidas en el artículo 43 y concordantes de la LRJPAC.

DÉCIMO.- Se refiere seguidamente la asociación recurrente al artículo 164 del Reglamento, que dispone lo siguiente:

Los miembros de la Carrera Judicial que, destinados en Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de lo Mercantil o de Primera Instancia con competencias en materia mercantil, adquieran la condición de especialista en los respectivos órdenes o

materia podrán optar por continuar en su destino, con la obligación de permanecer dos años con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento.

La parte recurrente sostiene que el inciso final, que impone la obligación de permanencia de dos años, en las condiciones que detalla el precepto, es nula, porque no está prevista en el artículo 329.6 LOPJ que regula este supuesto, excediendo por tanto de la potestad reglamentaria.

Es cierto que el artículo 329.6 LOPJ prevé que los jueces o magistrados que, destinados en Juzgados de lo Contencioso Administrativo, Social o Mercantil, o Juzgados de primera instancia con competencias en materias mercantiles, que adquieran la condición de especialista, puedan optar por continuar en su destino, ahora bien, el establecimiento de la obligación que establece el artículo 164 del Reglamento de permanencia de dos años, en caso de ejercicio de la opción, aunque no prevista en dicho precepto, no puede decirse que carezca de cobertura legal, porque: a) el artículo 110.2 letra c) de la LOPJ atribuye al Consejo la potestad de dictar reglamentos, entre otras, en materia de "tiempo mínimo de permanencia en el destino de los jueces y magistrados", y b) el artículo 327.2 LOPJ añade que tampoco podrán concursar los jueces y magistrados que no lleven en el destino ocupado "el tiempo que reglamentariamente se determine por el Consejo General del Poder Judicial, teniendo en cuenta su naturaleza y las necesidades de la Administración de Justicia, sin que en ningún caso aquél plazo pueda ser inferior a un año en destino forzoso y dos en voluntario".

Además de la habilitación legal del precepto impugnado, cabe añadir que el establecimiento de un plazo mínimo de dos años de permanencia en el destino, en el caso de ejercicio de la opción descrita, no es contradictorio sino coherente con otras situaciones similares previstas en la LOPJ, como el caso de los Jueces que adquieran la categoría de Magistrado por antigüedad, que pueden optar por continuar en la plaza que venían ocupando, pero en caso de ejercicio de esta opción, no podrán participar en concursos ordinarios de traslado durante tres años, si la plaza era de Juez (artículo 311.1 LOPJ).

Desestimamos, por tanto, el recurso en relación con el artículo 164 del Reglamento.

DECIMOPRIMERO.- La demanda se refiere también a la regulación que establece el artículo 192 del Reglamento en relación con las consecuencias económicas de la suspensión.

Se refiere el artículo impugnado a los casos del juez o magistrado que ha sido declarado en suspensión provisional, cuando la suspensión no sea declarada definitiva, ni tampoco se acuerde la separación del servicio.

Las consecuencias de la suspensión provisional previstas en la LOPJ son la privación del ejercicio de las funciones judiciales durante el tiempo que dure la suspensión (artículo 361.2 LOPJ) y, en lo que ahora interesa, la limitación a la percepción de las retribuciones básicas (artículo 363 LOPJ).

Pues bien, el artículo 192 del Reglamento señala que:

Quando la suspensión no sea declarada definitiva ni tampoco se acuerde la separación del servicio, el tiempo de duración de aquélla se computará como de servicio activo y se acordará la inmediata reincorporación del suspenso a su plaza, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha en que tuvo efecto la suspensión, salvo los haberes correspondientes a los periodos de incomparecencia, rebeldía o paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al interesado.

La parte recurrente limita su impugnación al inciso final del precepto reglamentario, que excepciona del reconocimiento de todos los derechos económicos los haberes correspondientes a los periodos de incomparecencia, rebeldía o paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al interesado, pues considera que incurre en exceso reglamentario, al no estar prevista en la LOPJ excepción alguna al reconocimiento de los derechos económicos al suspenso, en los casos a que se refiere el precepto impugnado.

El Abogado del Estado, por el contrario, estima que el inciso introducido por el artículo 192.1 del Reglamento es compatible con una interpretación conjunta de los artículos 363 y 364 LOPJ .

Sin embargo, no puede compartirse la argumentación del Abogado del Estado, pues los artículos 363 y 364 LOPJ , que contemplan momentos o situaciones distintas, no amparan ni autorizan la regulación del artículo 192 del Reglamento.

El artículo 363 LOPJ , que es de aplicación durante la situación de suspensión, establece que el suspenso tendrá derecho a recibir sus retribuciones básicas, salvo los casos de paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al mismo, que comportará la pérdida de toda retribución mientras se mantenga dicha paralización, lo que sucederá igualmente en los casos de incomparecencia o rebeldía,

mientras que el artículo 364 LOPJ, que es de aplicación en el momento de finalización de la suspensión, en los exclusivos supuestos de que esta se alce sin ser declarada definitiva ni se acuerde la separación, prevé para tales casos la inmediata incorporación del suspenso a su plaza, " *con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde que la fecha en que la suspensión produjo efectos* ".

Por tanto, el artículo 364 LOPJ no establece ninguna distinción entre la retribución percibida por el suspenso, y la dejada de percibir en los casos de paralización de procedimiento disciplinario imputable al mismo, sino que declara de forma categórica que, en los casos contemplados por el precepto de que la suspensión provisional sea dejada sin efecto sin declararse definitiva, ni se acuerde la separación, se le reconocerán al suspenso todos los derechos económicos desde la fecha que la suspensión produjo efectos, sin matización o excepción alguna.

Por ello, el inciso enjuiciado, que excluye de ese reconocimiento los haberes correspondientes a los períodos de incomparecencia, rebeldía o paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al interesado, introduce una limitación en el estatuto de jueces y magistrados no prevista o no regulada por la LOPJ, por lo que incurre en exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, debiendo estimarse el recurso también en relación con este inciso final del artículo 192.1 del Reglamento.

DECIMOSEGUNDO.- Impugna la Asociación recurrente la regulación del artículo 210.5 del Reglamento sobre el permiso anual de vacaciones de jueces y magistrados destinados en órganos unipersonales.

Dice así el precepto impugnado:

Los titulares de los órganos unipersonales disfrutarán del permiso de vacaciones durante el período comprendido entre el uno de junio y el treinta de septiembre de cada año, salvo expresa autorización para su disfrute en período distinto del Presidente de la Audiencia Nacional o de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, según los casos, en atención a la concurrencia de circunstancias debidamente justificadas.

La Asociación recurrente alega como motivo de nulidad la falta de habilitación legal para el desarrollo reglamentario efectuado, pues a diferencia del caso de los magistrados destinados en órganos colegiados, para los que el artículo 371.2 LOPJ prevé que disfrutaran de sus vacaciones durante el mes de agosto, no contiene la LOPJ ninguna previsión de esta clase en relación con los jueces y magistrados destinados en órganos unipersonales. Estima la Asociación recurrente que el precepto, tal y como está redactado, supone una vulneración de la LO 1/2009, y de la finalidad que inspiraba dicha reforma que, según su preámbulo, no es otra que mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral de los miembros de la Carrera Judicial, y si bien admite que la regla general sea el disfrute de las vacaciones durante los meses que indica el precepto, considera contraria a derecho la exigencia de circunstancias debidamente justificadas para el disfrute de las vacaciones en otros períodos distintos.

En el recurso 356/2011, promovido contra el mismo Reglamento 2/2011 por la Asociación "Foro Judicial Independiente" ha sido impugnado en términos más amplios este mismo precepto, y el Pleno de la Sala, acogiendo las tesis de la Asociación recurrente, ha apreciado la nulidad de la regulación reglamentaria por unos razonamientos que son trasladables al presente recurso, y que se basan en que el artículo 371 LOPJ no establece regla alguna sobre el período de disfrute del permiso de vacaciones de los jueces y magistrados destinados en órganos unipersonales, sin que el desarrollo reglamentario que autoriza el artículo 377 permita la introducción de innovaciones de carácter restrictivo, no previstas en la LOPJ, que excedan del mero desarrollo de la regulación legal.

Decimos en la indicada sentencia, en relación con la impugnación del precepto por la Asociación "Foro Judicial Independiente":

En este punto hemos de acoger la tesis de la parte recurrente y rechazar la de la recurrida. La controversia se ciñe en este caso a si el artículo 371 LOPJ mencionado otorga o no al precepto impugnado una habilitación legal específica para el ejercicio de su potestad reglamentaria al CGPJ para regular el régimen de vacaciones en la forma que lo hizo. Nos corresponde, pues, decidir si por vía reglamentaria se desarrolla la ley o si se incluye una innovación, con una adición por vía reglamentaria de una limitación temporal no inculible en la LOPJ.

Pues bien, para aceptar que el Reglamento que nos ocupa pueda ser desarrollo, como razona el Abogado del Estado, del art. 371 LOPJ habría que identificar en este último algún elemento que permitiera la ulterior delimitación temporal por vía reglamentaria. Y el contraste entre el mencionado precepto legal, que establece, sin más, los días de disfrute de las vacaciones anuales y el precepto reglamentario analizado, que

delimita el período ordinario de disfrute para los titulares de órganos unipersonales, permite concluir que la restricción del período vacacional a los indicados meses de junio a septiembre no cuenta con la preceptiva habilitación, esto es, que el Reglamento no es desarrollo normativo del artículo 371 LOPJ y que el CGPJ carece de habilitación legal para establecer tal restricción, que tampoco puede ampararse en el genérico mandato del artículo 377 LOPJ, que habilita al CGPJ para el desarrollo del régimen jurídico de licencias y permisos.

El art. 371 LOPJ se refiere exclusivamente a la duración del período de disfrute de las vacaciones anuales, sin mencionar ningún criterio adicional de carácter temporal ni habilita al CGPJ a su ulterior delimitación y nada se dice al respecto. Pero es que tampoco el art. 377 LOPJ, que autoriza de forma genérica el desarrollo reglamentario en lo que se refiere al régimen jurídico de licencias y permisos, permite la inclusión de tal previsión por parte del CGPJ, en cuanto ha de limitarse al desarrollo en lo relativo al órgano competente para su otorgamiento, su duración y "cuanto no se halle establecido en la presente ley" expresión ésta que no comprende cualquier innovación de carácter restrictivo en su utilización. No puede entenderse que la noción de desarrollo de la regulación legal comprenda la posibilidad de incluir cualquier acotación de carácter sustancial, como es la definición de un período ordinario de vacaciones, que condiciona y determina, lógicamente, con un carácter limitativo, su disfrute por los titulares de los órganos unipersonales.

Se advierte con claridad una diferencia sustancial entre la previsión legal y la reglamentaria, en lo que constituye un elemento determinante del permiso anual de vacaciones, como es su aspecto temporal, al introducir el reglamento, con un signo claramente restrictivo, una limitación que en modo alguno puede considerarse comprendida en la genérica expresión contenida en ese precepto legal.

Procede, pues, acoger la tesis del recurrente de que no es aceptable que la regulación reglamentaria del permiso anual de vacaciones de los órganos unipersonales contenida en el apartado 5º pueda interpretarse o considerarse desarrollo de la regulación legal del art. 371 o del artículo 377 LOPJ que habilita al CGPJ para dictar el precepto reglamentario según lo expuesto, razones por las que procede declarar su nulidad.

Se estima por tanto el recurso en relación con el artículo 210.5 LOPJ, que se anula.

DECIMOTERCERO.- Se solicita por la recurrente la declaración de nulidad de los apartados 1 y 2 del artículo 213 del Reglamento, que se refieren a los permisos de tres días hábiles que podían disfrutar los jueces y magistrados, en los términos siguientes:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 373.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y magistrados podrán disfrutar de permisos de tres días hábiles, sin que puedan exceder de seis permisos en el año natural ni de uno al mes. El disfrute de los tres días a que se extienden tales permisos habrá de ser continuado, entendiéndose consumido el permiso aunque sólo se haya empleado parcialmente. A los efectos de este artículo, no se computarán los sábados ni los días festivos.

2. Los permisos de tres días no podrán acumularse entre sí ni al período de vacaciones, excepto que entre dichos periodos medie algún día inhábil; salvo el supuesto previsto en el segundo párrafo del número tres de este artículo, la denegación del permiso será excepcional y estará subordinada al buen funcionamiento del servicio.

La Asociación recurrente sostiene que el Reglamento, en los preceptos transcritos, había introducido limitaciones en el disfrute de los permisos de tres días que la LOPJ no contemplaba, pues las únicas limitaciones en el disfrute de los permisos establecidas en el artículo 373.4 LOPJ eran que los permisos de tres días no excedieran de seis en un año natural, ni de uno al mes, por lo que estimaba contraria a la Ley Orgánica la regulación del Reglamento que impide la acumulación de dos permisos, uno al final de un mes y otro al principio del mes siguiente, o la acumulación de los permisos a las vacaciones, y obligaba al disfrute de los tres días de cada permiso, sin permitir la división del permiso en períodos inferiores a tres días.

En relación con la impugnación de este precepto reglamentario ha de tenerse presente que la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, publicada en el BOE de 28 de diciembre de 2012 y en vigor desde el día siguiente a su publicación, modificó la LOPJ en diversos apartados, entre ellos, en materia de permisos de tres días.

Establece ahora la nueva redacción del artículo 373 LOPJ, en sus apartados 4 y 8:

«4. También podrán disfrutar de hasta tres días de permiso en el año natural, separada o acumuladamente. Los superiores respectivos solo podrán denegarlos por necesidad del servicio.»

«8. Los jueces y magistrados podrán interesar del Presidente del que dependan, ausentarse de la sede del órgano judicial en el que estuviesen destinados hasta un máximo de tres días al mes y no más de nueve al

año, para el estudio o resolución de causas de especial complejidad, hacer frente a situaciones de acumulación de asuntos cuando ello no fuere atribuible al rendimiento del solicitante, o cuando otras circunstancias así lo aconsejaren, debiendo comunicarlo con, al menos, tres días de antelación. Dicha autorización solo se denegará, motivadamente, cuando coincida con señalamientos, vistas o deliberaciones o no queden cubiertas las necesidades del servicio.

Para la concesión de estas autorizaciones no será obstáculo el disfrute en el mismo mes de los permisos a los que se refiere el número 4 de este precepto .»

Por tanto, la nueva LOPJ ha derogado y dejado sin efecto el anterior régimen de permisos de tres días, con un máximo de seis al año y uno al mes, establecido en la redacción anterior del apartado 4 del artículo 373 , y dicha derogación conlleva obviamente la de las normas de desarrollo reglamentario, como las que ahora examinamos.

La Sala acordó oír a las partes sobre los efectos de la entrada en vigor de la L.O 8/2012 en relación con el presente recurso, y la Asociación recurrente, en escrito de 21 de enero de 2013, reconoció que la nueva regulación contenida en la L.O. 8/2012 afectaba a su recurso, en lo que se refiere a la impugnación del régimen de permisos establecido por el artículo 213 del Reglamento, que debía entenderse derogado tácitamente.

Entendemos aplicable en el presente caso el criterio jurisprudencial, que recogen las sentencias de esta Sala de 5 de febrero de 2008 (recurso 69/2005) y 2 de junio de 2009 (recurso 5/2007), con cita de otras anteriores, que considera que al ser el recurso directo contra disposiciones generales un instrumento procesal, que tiene como finalidad la de eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria contrarias a derecho, aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico.

DECIMOCUARTO.- Impugna la parte recurrente el artículo 223 a) del Reglamento, que regula la reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de 12 meses, en la forma siguiente:

Por lactancia de un hijo menor de doce meses, las juezas y magistradas tendrán derecho a una reducción de la jornada en el periodo de audiencia pública de una hora. Asimismo, las juezas y magistradas podrán solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. El derecho a la reducción de jornada o al disfrute del permiso sustitutorio podrá ejercerse por los jueces y magistrados, en caso de que ambos progenitores trabajen.

Este precepto es de general aplicación a los miembros de la carrera judicial, con independencia de su destino en un órgano unipersonal o colegiado.

La Asociación recurrente considera que este precepto establece una discriminación injustificada en relación con la reducción de jornada de los magistrados destinados en los órganos colegiados, a quienes el artículo 224.5 del Reglamento permite solicitar la sustitución de la reducción de las horas de audiencia por una disminución proporcional de las ponencias de los asuntos sin vista que les corresponda, o de las vistas y juicios a que deban asistir.

Para la parte recurrente, esta distinta regulación supone una discriminación injustificada para los jueces y magistrados destinados en órganos unipersonales, porque la reducción de la jornada de una hora durante el período de audiencia pública, sin una disminución de la carga de trabajo, supone que el trabajo que tendrá que asumir el juez o magistrado destinado en un órgano unipersonal seguirá siendo el mismo, de forma que la reducción de jornada laboral es irreal, y supone una discriminación de jueces y magistrados de órganos unipersonales, en relación con los magistrados de órganos colegiados, carente de justificación, que vulnera el artículo 14 CE , y carente también de cobertura legal.

La reducción de jornada en el período de audiencia pública que contempla el artículo 223 a) del Reglamento encuentra cobertura legal, tanto en el artículo 110, letra g) LOPJ , que permite al CGPJ dictar Reglamentos en materia de licencias y permisos, como en el artículo 377 LOPJ , que también llama al desarrollo reglamentario del régimen de licencias y permisos, determinando la autoridad a quien corresponda otorgarlos, su duración y cuanto no se halle establecido en la ley. Pero de forma más específica, el artículo impugnado se dicta en cumplimiento del concreto mandato que el artículo 373.7 LOPJ efectúa al CGPJ, de adaptar a las particularidades de la carrera judicial, mediante un reglamento, la normativa de la Administración General del Estado, vigente en la materia de licencias y permisos para conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género.

Con la cobertura de esta habilitación, el artículo 223 a) del Reglamento reproduce casi literalmente el permiso previsto por el artículo 48.i.f) del Estatuto Básico del Empleado Público, publicado por Ley 7/2007, de 12 de abril, recogiendo sus aspectos esenciales, pues en el EBEP este permiso se concede: a) por lactancia de un hijo menor de 12 meses, b) consiste en la reducción de la jornada en una hora diaria, c) puede sustituirse por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo retribuido y d) este derecho puede ejercerse indistintamente por cualquiera de los progenitores en el caso de que ambos trabajen.

Como se puede apreciar con facilidad, la única diferencia entre la regulación del EBEP y la efectuada por el Reglamento 2/2011 consiste en que el primero contempla una reducción de una hora diaria en la jornada, mientras que el Reglamento impugnado proyecta la reducción de una hora sobre el periodo de audiencia pública, lo que constituye una lógica adaptación de la normativa de la Administración General del Estado a las particularidades de la Carrera Judicial.

No puede acogerse la alegación de infracción del principio de igualdad, en relación con las magistradas y magistrados destinados en órganos colegiados, que pueden sustituir la reducción de jornada en horas de audiencia por la disminución de ponencias de asuntos, por la inexistencia de un término válido de comparación, debido a razones obvias derivadas de la diferente organización y composición de los órganos unipersonales y colegiados, que únicamente permite en estos últimos una distribución del trabajo mediante reparto de ponencias.

Se desestima el recurso en relación con la impugnación del artículo 223 a) del Reglamento.

DECIMOQUINTO.- Impugna la parte recurrente el artículo 272.6 del Reglamento, que se refiere a la negativa a comparecer al segundo llamamiento efectuado por el Equipo de Valoración de Incapacidades en un expediente de jubilación por incapacidad permanente.

El artículo 272 del Reglamento regula la instrucción del expediente de jubilación por incapacidad permanente, y prevé, como una de las fases del expediente, el reconocimiento del juez o magistrado por el Equipo de Valoración de Incapacidades, dependiente del Director Provincial del INSS o del órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

En relación con dicho Equipo de Valoración de Incapacidades dispone el artículo 272.6 impugnado:

La negativa a comparecer al segundo llamamiento determinará la incoación del expediente disciplinario por la posible comisión de una falta tipificada en los artículos 418.12 ó 419.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según los casos.

Los artículos 418.2 y 419.5 LOPJ, citados en el precepto impugnado, tipifican una falta grave y una falta leve, que básicamente consisten en la desatención reiterada, la falta grave, y la simple desatención, la falta leve, a los requerimientos que, en el ejercicio de sus legítimas competencias, realicen los órganos que detalla: el Consejo General del Poder Judicial, los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia y las Salas de Gobierno.

La Asociación recurrente sostiene que el precepto impugnado concreta por vía de Reglamento 2 tipos disciplinarios, lo que excede de la potestad reglamentaria, y el Abogado del Estado opone que la extralimitación reglamentaria se produciría si el precepto declarase que integra el tipo de la falta grave o leve esa negativa a comparecer al segundo llamamiento, pero que el precepto reglamentario no altera el tipo de la infracción, sino que se limita a prescribir la incoación de un expediente disciplinario para valorar la trascendencia de la conducta del interesado.

Aunque admitiéramos a efectos dialécticos que el precepto reglamentario no integrase el tipo infractor, como sostiene el Abogado del Estado, sin embargo, es claro que apunta y fortalece una determinada interpretación, cual es que basta con dos negativas a comparecer ante el Equipo de Valoración de Incapacidades, para entender que nos encontramos ante una desatención reiterada, o ante una simple desatención, que pueden tener trascendencia disciplinaria, lo que no corresponde determinar al Reglamento, sino en cada caso al órgano titular de la potestad disciplinaria.

Además hemos indicado anteriormente que los artículos 418.12 y 419.5 LOPJ listan o enumeran los órganos que pueden efectuar requerimientos cuya desatención tiene trascendencia disciplinaria, y estos órganos son el Consejo General del Poder Judicial, los Presidentes del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia y las Salas de Gobierno, sin que entre ellos aparezca el Equipo de Valoración de Incapacidades, que depende del Director Provincial del INSS o del órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda, por lo que el precepto reglamentario amplía o

extiende el tipo infractor descrito en los indicados preceptos de la LOPJ a supuestos de desatención no comprendidos en los mismos.

Apreciamos, por tanto, que el Reglamento establece reglas sobre la oportunidad de ejercicio de la potestad reglamentaria, y extiende o amplía los supuestos fácticos que pueden conllevar consecuencias disciplinarias, sin que tales materias se encuentren entre las habilitadas por el artículo 110 LOPJ para la regulación reglamentaria, por lo que procede la estimación del recurso, con anulación del precepto 272.6 del Reglamento impugnado.

DECIMOSEXTO.- La demanda, en su Fundamento de Derecho Segundo, entre el apartados 12, sobre impugnación del artículo 272.6 del Reglamento, que acabamos de examinar, y apartado 13, sobre impugnación del artículo 286 del Reglamento, incluye una referencia a los artículos 282 y 283 del Reglamento un tanto confusa, que no permite conocer con claridad cuáles son los motivos de impugnación o, incluso, si dichos preceptos están impugnados.

El artículo 282 del Reglamento dispone lo siguiente:

Cuando iniciado el procedimiento a instancia del interesado no recaiga resolución en el plazo de un año, la solicitud podrá entenderse desestimada, en cuyo caso el interesado podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El artículo 283 del Reglamento establece:

En los procedimientos iniciados de oficio, el transcurso del plazo máximo para resolver, al que se refieren los artículos 280 y 282, sin que recaiga resolución expresa, producirá la caducidad del procedimiento, con los efectos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

La Asociación recurrente se limita a señalar en su demanda la existencia de un trato discriminatorio, sin más desarrollo que un resumen de los preceptos, con cita de un plazo de 6 meses, cuando como hemos visto, el único plazo que contemplan los referidos preceptos es el de un año.

Es claro que los artículos 282 y 283 del Reglamento se refieren a supuestos distintos. El primero de los preceptos regula el expediente de jubilación por incapacidad iniciado a solicitud del interesado, en el que prevé que la resolución podrá entenderse desestimada si no recae resolución en el plazo de un año, mientras que el segundo precepto se refiere al expediente de jubilación por incapacidad iniciado de oficio, esto es, por el propio Consejo General del Poder Judicial, en el que la falta de resolución expresa en el plazo de un año produce el efecto de la caducidad del procedimiento.

La Asociación recurrente se limita a señalar la existencia de un trato discriminatorio, sin exponer las razones por las que considera que el tratamiento diferenciado es contrario al ordenamiento jurídico. En todo caso, y a falta de cualquier otra fundamentación de la demanda, cabe indicar que no estamos ante situaciones jurídicas iguales, sino ante procedimientos distintos por razón de su iniciación de oficio o por solicitud del interesado.

Es aplicable en este caso la doctrina de esta Sala, contenida en las sentencias de 29 de marzo de 2011 (recurso 3545/09) y 19 de junio de 2012 (219/11), que señala que "cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, por pretenderse la expulsión de él de una norma o disposición de carácter general, es carga del recurrente no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan".

DECIMOSÉPTIMO.- Impugna la Asociación recurrente el artículo 286 del Reglamento, que se refiere a la medida cautelar de suspensión de funciones en un procedimiento de incapacitación por incapacidad permanente.

1. En el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial podrá acordar motivadamente la medida cautelar de suspensión de funciones del juez o magistrado, siempre que se aprecie en el afectado indicios de padecer limitaciones gravemente impeditivas para el ejercicio de la función jurisdiccional.

2. La medida cautelar podrá ser adoptada en el acuerdo de incoación o en cualquier momento de la tramitación del expediente, de oficio o a instancia de persona legitimada para promover la iniciación del procedimiento; se sustanciará en pieza separada, con audiencia del interesado, del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno en un plazo común de tres días, y se resolverá en el plazo de los tres días siguientes.

3. El acuerdo que resuelva sobre la medida cautelar será notificado al interesado, al Ministerio Fiscal y al Presidente del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia.

4. La medida cautelar estará en vigor hasta la resolución del procedimiento de jubilación por incapacidad. No obstante, podrá ser modificada o revocada durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, siempre que cambien las circunstancias en virtud de las cuales se acordó la suspensión o por la concurrencia de otras que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la adopción de la medida cautelar.

5. Contra el acuerdo por el que se resuelva la medida cautelar cabrá interponer recurso de alzada ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en el plazo de un mes a contar del siguiente a su notificación.

En relación con este precepto la parte recurrente alega que el Reglamento debería regular la retribución a percibir durante el tiempo de la suspensión y su duración máxima, que el supuesto tiene una connotación disciplinaria y no está previsto en los artículos 360 y siguientes de la LOPJ, que el precepto impugnado atribuye competencia para acordar la suspensión a la Comisión Permanente, cuando el órgano competente es el Pleno, y que omite el informe preceptivo de la Sala de Gobierno.

Ha de señalarse, en primer término, que la posibilidad de acordar la medida cautelar de suspensión en los expedientes de jubilación por incapacidad permanente de los jueces y magistrados no es una creación o una innovación reglamentaria, como considera la parte recurrente, sino que se encuentra regulada de forma expresa en el 383.3 LOPJ, que prevé que la suspensión de los jueces y magistrados tendrá lugar, entre otros casos, cuando se decrete en un expediente disciplinario o de incapacidad, ya con carácter provisional, ya definitivo.

Por otro lado, no pueden acogerse las críticas que efectúa la parte recurrente por razón del contenido de la norma reglamentaria, pues cumplidas las exigencias sustantivas y formales a que ha de sujetarse el ejercicio de la potestad reglamentaria, queda a salvo la determinación del contenido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria y no puede sustituirse por las preferencias de la parte.

La Asociación recurrente considera que el acuerdo de suspensión de funciones del juez o magistrado debería ser adoptado por el Pleno y no por la Comisión Permanente, porque estima que el artículo 127.7 LOPJ atribuye de forma exclusiva dicha competencia al Pleno. Sin embargo, no puede compartirse la existencia de una infracción de la norma legal en este apartado, porque el artículo 127.7 LOPJ se refiere a la adopción de acuerdos de separación y jubilación de jueces y magistrados de carácter definitivo, mientras que el precepto reglamentario que examinamos se refiere a la medida provisional de suspensión de funciones y, por otro lado, el artículo 131 LOPJ, atribuye a la Comisión Permanente competencia para resolver sobre la situación administrativa de jueces y magistrados, siendo la de suspensión de funciones una de las situaciones en que pueden hallarse los jueces y magistrados, de acuerdo con el artículo 348 LOPJ.

Igualmente ha de tenerse en cuenta que los artículos 387 y 388 LOPJ, sobre la tramitación de este expediente de jubilación por incapacidad permanente, se refieren al CGPJ, sin especificar órgano concreto, y sin que pueda entenderse que la atribución a la Comisión Permanente de la decisión de acordar la medida cautelar de suspensión provisional exceda los límites de la regulación secundaria y accesoria que el artículo 110 LOPJ encomienda al CGPJ.

También es de considerar, en relación con la atribución a la Comisión Permanente de la competencia para la adopción del acuerdo de suspensión provisional en el expediente de jubilación por incapacidad, que en el supuesto de suspensión de funciones en un expediente disciplinario, el artículo 424 LOPJ no atribuye la competencia para su adopción al Pleno, sino a otra Comisión, en este caso la Comisión Disciplinaria.

Finalmente, en relación con esta cuestión, si bien la competencia para adoptar la medida de suspensión provisional en el expediente de jubilación por incapacidad permanente se atribuye por el precepto impugnado a la Comisión Permanente, no cabe olvidar que contra dicho acuerdo cabe recurso de alzada y es, por tanto, susceptible de revisión por el Pleno, de acuerdo con el apartado 5 del artículo 286 del Reglamento.

También considera la parte recurrente que el artículo 286 del Reglamento, en su párrafo 2, se aparta de los artículos 152.8 y 388 LOPJ, al no exigir informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, pero esta alegación no puede compartirse, porque parte de la equivocación de que el precepto reglamentario omite dicho informe, cuando no es así, ya que el artículo 286.2 del Reglamento expresamente indica que la pieza separada para sustanciar el acuerdo de suspensión de funciones se tramitará con audiencia del interesado, del Ministerio Fiscal y de la Sala de Gobierno.

Hemos de rechazar por tanto la impugnación del artículo 286 del Reglamento.

DECIMOCTAVO.- La Asociación recurrente impugna los artículos 289 y 292 del Reglamento, ambos incluidos en el Capítulo V del Título XIII, sobre jubilación voluntaria, debiendo proceder en primer término a examinar las cuestiones planteadas en relación con el artículo 292, pues el artículo 289 reviste un carácter instrumental de este.

El artículo 292 del Reglamento dispone lo siguiente:

El Consejo General del Poder Judicial podrá, mediante resolución motivada, aplazar la efectividad de la fecha de jubilación anticipada, cuando el destinatario de dicha plaza debiera dedicar atención preferente al órgano en el que estuviera destinado, atendidos los retrasos producidos por causa imputable al mismo. Dicho aplazamiento tendrá una duración máxima de tres meses.

La parte recurrente expone como razón de la impugnación de este precepto, con un error en la cita de su contenido, que el derecho a la jubilación voluntaria es un derecho de configuración legal y no puede ser sujeto por un reglamento a condiciones no previstas por la ley.

A fin de examinar la cuestión de la extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria que plantea la parte recurrente, hemos de comenzar por identificar el supuesto de jubilación a que se refiere el artículo 292 impugnado.

El artículo 386 LOPJ prevé dos tipos de jubilaciones, la jubilación forzosa por edad, al cumplir 70 años, y la jubilación voluntaria, a partir de los 65 años, admitiendo además dicho precepto la existencia de otros supuestos de jubilación, al añadir al final del párrafo segundo el inciso siguiente " *todo ello sin perjuicio de los demás supuestos de jubilación voluntaria legalmente previstos .* "

Por su parte el artículo 287 del Reglamento prevé dos tipos de jubilación voluntaria, de un lado, en su apartado 1, la jubilación voluntaria propiamente dicha, a partir de los 65 años de edad, que es la jubilación que con ese nombre se contempla en el artículo 386 LOPJ antes citado, y de otro lado, la jubilación voluntaria anticipada, o jubilación anticipada, para la que el artículo 287.1 requiere que el solicitante tenga cumplidos 60 años en la fecha de la jubilación solicitada y reconocidos 30 años de servicios efectivos.

El artículo 287 del Reglamento no sujeta la jubilación voluntaria a partir de 65 años de edad a exigencias distintas de las previstas por el artículo 386 LOPJ , de forma que los únicos requisitos establecidos para dicha jubilación, tanto en la regulación legal como en la reglamentaria, son los mismos de edad de 65 años y la manifestación al Consejo General del Poder Judicial con una antelación de 6 meses a la fecha de jubilación solicitada.

En cambio, la jubilación anticipada del artículo 287.2 del Reglamento, a partir de los 60 años y con 30 años de servicios efectivos, no está regulada en la LOPJ , salvo esa referencia del artículo 386.2 citado a otros supuestos de jubilación voluntaria legalmente previstos. Tal referencia ha de entenderse efectuada al artículo 28.2.b) del Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado , aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que además de la jubilación o retiro forzoso, que se declarará de forma automática al cumplir el personal la edad legalmente señalada, contempla el supuesto de la jubilación o retiro de carácter voluntario, " *...que se declarará a instancia de parte, siempre que el interesado tenga cumplidos los sesenta años de edad y reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado.* "

Por tanto, con la autorización otorgada por el artículo 386 LOPJ , el Reglamento 2/2011 traslada al ámbito de la Carrera Judicial el supuesto de jubilación voluntaria, a partir de 60 años de edad con 30 de servicios efectivos, reconocido al personal al servicio de la Administración Pública por el TR de Clases Pasivas antes citado.

En relación con la jubilación anticipada a que nos venimos refiriendo, el artículo 292 del Reglamento, objeto de impugnación por la Asociación recurrente, introduce con una redacción ciertamente confusa, la posibilidad de aplazar la efectividad de la fecha de efectos de la jubilación solicitada, por un máximo de tres meses, " *cuando el destinatario de dicha plaza debiera dedicar atención preferente al órgano en que estuviera destinado, atendidos los retrasos producidos por causa imputable a el mismo .* "

Lo cierto es que esta posibilidad de aplazar la fecha de efectos de la jubilación anticipada hasta un máximo de tres meses, en casos de retrasos, no está contemplada en la legislación de clases pasivas, donde se encuentra regulado el supuesto de jubilación que el Reglamento 2/2011 traspasa al ámbito de la Carrera Judicial, pues los únicos requisitos a que sujeta su reconocimiento son solicitud del interesado, edad de 60

años y 30 años de servicios reconocidos, sin condicionamientos de ninguna clase por razón de la situación de retrasos en el trabajo.

Tampoco el artículo 386 LOPJ, que prevé la aplicación a los jueces y magistrados de otros supuestos de jubilación voluntaria legalmente previstos, habilita al titular de la potestad reglamentaria para vincular esos otros supuestos de jubilación, o la fecha de sus efectos, a la existencia o no de retrasos imputables, "al destinatario de dicha plaza", como indica el artículo 292 impugnado.

Es más, la existencia de retrasos en el despacho de asuntos puede tener en la LOPJ una respuesta disciplinaria, si se cumplen los requisitos del correspondiente tipo infractor, pero no existe base legal en dicha norma para que la situación del órgano judicial condicione la fecha de efectos de los distintos supuestos de jubilación que contempla.

Por todo ello, estimamos que la posibilidad de aplazamiento de la efectividad de la fecha de jubilación anticipada, prevista en el artículo 292 del Reglamento en supuestos de retrasos, carece de cobertura legal, por lo que procede la estimación de la demanda en este extremo.

En relación con el artículo 292 del Reglamento que acabamos de examinar, el artículo 289, también impugnado, prescribe lo siguiente:

1. Cuando lo estime conveniente, la Comisión Permanente podrá requerir del Servicio de Inspección la emisión de un informe sobre el funcionamiento del órgano jurisdiccional en el que el interesado ha venido desarrollando sus funciones.

2. Emitido el informe por el Servicio de Inspección lo remitirá a la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial para su unión al expediente.

Aunque el precepto se encuentra dentro del Capítulo V del Título XIII, que establece normas sobre la tramitación de los expedientes de jubilación voluntaria y anticipada, ha de señalarse que el informe del Servicio de Inspección a que se refiere, que habrá de unirse al expediente, únicamente tiene sentido en el expediente de jubilación anticipada, pues mientras el expediente de jubilación voluntaria, a los 65 años de edad, no se sujeta por el artículo 287 del Reglamento a más requisitos que el cumplimiento de dicha edad y la manifestación con 6 meses de antelación a la fecha de efectos, por el contrario, el artículo 292, que acabamos de examinar, permite en el expediente de jubilación anticipada aplazar por tres meses la efectividad de los efectos, en caso de retrasos, para cuya constatación sirve la unión al expediente del informe de inspección que nos ocupa.

Dado el carácter instrumental de la petición de informe al Servicio de Inspección y su unión al expediente, en relación a la medida de aplazamiento de la fecha de efectos de la jubilación en el supuesto de retrasos, consideramos aplicables al artículo 289 los razonamientos efectuados en relación con el artículo 292 del Reglamento, relativos a la falta de cobertura legal de la vinculación de la fecha de efectos de la jubilación y su aplazamiento a la situación del órgano judicial, por lo que llegamos a igual conclusión sobre la existencia de exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con el artículo 289 del Reglamento.

Por lo anterior, procede estimar la impugnación de la Asociación recurrente en relación con los artículos 289 y 292 del Reglamento, que se anulan al estimar que el Consejo General del Poder Judicial incurrió en exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

DECIMONOVENO.- La Asociación Francisco de Vitoria impugna el artículo 319 del Reglamento, sobre el amparo que pueden solicitar los jueces y magistrados al Consejo General del Poder Judicial.

El artículo 319 del Reglamento, objeto de impugnación, establece lo siguiente:

A los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otras, actuaciones inquietantes o perturbadoras las siguientes:

a) Las declaraciones o manifestaciones hechas en público y recogidas en medios de comunicación que objetivamente supongan un ataque a la independencia judicial y sean susceptibles de influir en la libre capacidad de resolución del juez o magistrado.

b) Aquellos actos y manifestaciones carentes de la publicidad a que se refiere la letra anterior y que, sin embargo, en atención a la cualidad o condición del autor o de las circunstancias en que tuvieron lugar pudieran afectar, del mismo modo, a la libre determinación del juez o magistrado en el ejercicio de sus funciones.

Para la parte recurrente, la extralimitación en la potestad reglamentaria concedida al CGPJ se produce porque el precepto limita a dos únicos supuestos las actuaciones inquietantes o perturbadoras de la

independencia de jueces y magistrados, a diferencia del artículo 14 LOPJ , que no establece limitación alguna de supuestos.

La alegación no puede acogerse, pues en primer lugar, el artículo 318 del Reglamento, que precede al precepto impugnado y al que este se remite, indica que los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia, podrán solicitar amparo al Consejo General del Poder Judicial "*...en los términos previstos en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* ", de forma que existe una remisión en bloque del precepto reglamentario a los supuestos en que el artículo 14 LOPJ prevé la puesta en conocimiento del Consejo de los hechos inquietantes o perturbadores de la independencia de jueces y magistrados.

Además, el artículo 319 impugnado del Reglamento, a los efectos de la aplicación del precepto anterior, describe dos actuaciones inquietantes o perturbadoras, si bien el propio precepto utiliza la expresión "entre otras", a fin de aclarar que la cita se efectúa "ad exemplum" o con fines enunciativos, lo que excluye que estemos ante una lista o enumeración cerrada o limitativa de actuaciones susceptibles de amparo por el Consejo General del Poder Judicial.

Se desestima, por tanto, la impugnación del artículo 319 del Reglamento.

VIGÉSIMO.- Impugna la parte recurrente el artículo 326.1 del Reglamento, en sus letras h) e i), sobre sujeción de determinadas actividades a la previa concesión de compatibilidad.

Dice el artículo 326.1 del Reglamento, en su letra h), que el cargo de juez o magistrado es incompatible con el ejercicio de la siguiente actividad:

h) Con el ejercicio de toda actividad mercantil, por sí o por otro. La administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre , bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad.

Se impugna en este precepto el inciso "*La administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre , bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad.*"

La impugnación se basa en que este precepto amplía la incompatibilidad descrita en el apartado 8 del artículo 389 LOPJ , careciendo el CGPJ de competencia para ello.

Es jurisprudencia reiterada de la Sala en la materia que nos ocupa, que recoge entre otras la sentencia de 31 de marzo de 2011 (recurso 123/2010), que el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial responde a la finalidad sustancial de preservar la independencia de jueces y magistrados, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquella aparece comprometida o empañada.

Esta doctrina jurisprudencial se recogió en el artículo 267 del anterior Reglamento 1/95 , y hoy en el artículo 330.1 del Reglamento vigente, no impugnado en este precepto, que establece que "*se denegará cualquier petición de compatibilidad de una actividad, tanto de carácter público o privado, cuando su ejercicio pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes judiciales o comprometer la imparcialidad o independencia del Juez o Magistrado*".

El artículo 326.1.h) del Reglamento, en el extremo impugnado, exige la previa concesión de compatibilidad para la administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984 , bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes.

En la regulación de esta materia por la LOPJ, que se contiene en su artículo 389 , no está incluida en la lista de incompatibilidades la administración del patrimonio personal o familiar, ni directamente, ni mediante sociedades u otras personas jurídicas, de forma que la sujeción ahora, en el Reglamento impugnado, de la administración del patrimonio personal bajo forma de sociedad u otro tipo de persona jurídica o comunidad de bienes, a la previa concesión de la compatibilidad, es realmente una innovación reglamentaria del estatuto de jueces y magistrados, que establece un requisito inexistente en la LOPJ.

El Abogado del Estado alega sobre esta cuestión que el Reglamento, en realidad, no declara incompatible la administración del patrimonio personal o familiar mediante sociedades, comunidades de bienes u otras personas jurídicas, sino que únicamente estatuye la obligación de solicitar la compatibilidad para tales

menesteres, con una finalidad precautoria, a fin de evitar que el ejercicio de ciertas actividades pueda empañar, comprometer o, al menos, así aparentarlo, la imparcialidad y neutralidad inherente a la función jurisdiccional.

Sin embargo, por muy loable que sea la finalidad perseguida por el Reglamento, lo cierto es que sujeta una actividad a una previa autorización, no prevista en la regulación de la LOPJ. La extralimitación reglamentaria se manifiesta en la misma generalidad de los términos utilizados por el precepto, que incluye entre las actividades que sujeta a la condición de la previa concesión de la compatibilidad, no solo la administración del patrimonio personal o familiar por medio de sociedades, que podría presentar alguna similitud con el supuesto de actividad incompatible del artículo 389.8 LOPJ, que se refiere al "ejercicio de toda actividad mercantil, por si o por otro", sino también la administración del patrimonio personal o familiar por medio de fórmulas tan amplias como cualquier otro tipo de personas jurídicas, así como de comunidades de bienes.

Estimamos, por tanto, que el precepto impugnado establece ex novo el requisito de la previa concesión de la compatibilidad para actividades que en la LOPJ no están sujetas a dicha condición, lo que excede de la potestad reglamentaria que el artículo 110.i) LOPJ reconoce al Consejo General del Poder Judicial en materia de incompatibilidades, que en el propio precepto está limitada al establecimiento de una regulación secundaria y auxiliar, que no autoriza ni la ampliación de la lista de actividades declaradas incompatibles en la LOPJ, ni la imposición del requisito o condición de la previa concesión de la compatibilidad cuando no está previsto en la dicha Ley.

Se estima por tanto el recurso por las razones indicadas, con anulación del apartado h) del artículo 326.1 del Reglamento.

VIGESIMOPRIMERO.- También impugna la Asociación recurrente el apartado i) artículo 326.1, que declara incompatible el cargo de juez o magistrado con la siguiente actividad:

i) Con las funciones de Director, Gerente, Administrador, Consejero, socio colectivo o cualquier otra que implique intervención directa, administrativa o económica en sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género. El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad. El desempeño de los cargos indicados en asociaciones judiciales se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

La impugnación se limita al inciso siguiente: *"El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad."*, y las razones de la impugnación son las mismas que la parte demandante hizo valer contra el apartado h) del mismo precepto, esto es, la ampliación que efectúa el Reglamento del supuesto de incompatibilidad previsto por el artículo 389.9 LOPJ, careciendo el Consejo General del Poder Judicial de competencia para ello.

Esta misma Sala se ha pronunciado en relación con la impugnación del artículo 326 i) en el recurso 357/2011, promovido por la "Plataforma Cívica por la Independencia Judicial", en el que ha recaído sentencia de fecha 9 de julio de 2013, en la que efectuábamos los siguientes razonamientos:

"El artículo 22 de la Constitución reconoce el derecho fundamental "de asociación", y su desarrollo debe abordarse mediante Ley Orgánica, por imperativo del artículo 81 del Texto constitucional. Por su parte, el art. 34 de la Constitución reconoce "el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley", y el art. 53.1 del texto constitucional reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades.

En concordancia con ello, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, dispone, en lo que aquí interesa: "Podrán constituir asociaciones, y formar parte de las mismas, las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas, con arreglo a los siguientes principios: (...) d) Los Jueces, Magistrados y Fiscales habrán de atenerse a lo que dispongan sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales".

Y el siguiente artículo 4 de la citada Ley Orgánica añade: "1. Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, fomentarán la constitución y el desarrollo de las asociaciones que realicen actividades de interés general.

2. La Administración no podrá adoptar medidas preventivas o suspensivas que interfieran en la vida interna de las asociaciones".

De lo que se colige que ni la LOPJ, ni la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, imponen limitación alguna o modulación, ni someten al previo reconocimiento de compatibilidad, el ejercicio del derecho fundamental de asociación a jueces y magistrados. Tales normas únicamente establecen especialidades para el ejercicio del derecho de asociación en lo que se refiere a asociaciones profesionales de jueces, magistrados y fiscales.

Por su parte, el Artículo 8 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, al regular la capacidad para fundar, dispone:

"1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, inter vivos o mortis causa, de los bienes y derechos en que consista la dotación".

Tampoco en este caso, la LOPJ o la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, imponen limitación alguna al derecho de fundación por parte de jueces y magistrados, ni exigen la previa obtención de compatibilidad.

La cuestión litigiosa queda centrada, pues, en si el Reglamento incurre en un exceso, ampliando ex novo la lista de incompatibilidades de jueces y magistrados, y en concreto si dentro de la expresión "sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género", cabe entender que comprende a la fundaciones, públicas o privadas, y a las asociaciones.

Como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal, este Tribunal tuvo ocasión de interpretar dicho precepto de la Ley Orgánica al pronunciarse en el recurso num. 316/2008, Sentencia de 8 de febrero de 2010, en la que se dijo, en lo que ahora interesa, que:

"En el presente caso, no podemos dejar de considerar que la Fundación Caja Rural de Córdoba, que lleva el nombre de una importante entidad financiera de dicha provincia, es un instrumento por el que dicha mercantil lleva a cabo su política social, propia de estas entidades, lo que da lugar a que la dotación fundacional, como sostiene la Abogada del Estado, provenga de dicha entidad mercantil, que además nombra al Presidente del Patronato de la Fundación. Es decir, existe una indudable conexión entre la Fundación Caja Rural de Córdoba y la entidad mercantil Caja Rural de Córdoba, y es esa conexión evidente ante la opinión pública la que avala el acuerdo que ahora se impugna y que trata de preservar la imparcialidad del Juez, en este caso, Presidente de una Sección de la Audiencia Provincial, desde un punto de vista objetivo. Recuerda la representación de la demandada la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2001, que sostiene que con carácter general el régimen de incompatibilidades de la Carrera Judicial responde a la finalidad sustancial de preservar su independencia, evitando el peligro de que puedan llegar a implicarse en actividades que generen intereses o apariencia de los mismos que ofrezcan a los ciudadanos la impresión de que aquella aparece comprometida o empañada. El acuerdo recurrido sostiene que es incompatible el cargo en base a que la promoción de la cultura cooperativa tiene un indudable componente mercantil, así como por las funciones representativas del Presidente de la Fundación y al hecho de que sea nombrado por la Comisión Ejecutiva de la Caja Rural de Córdoba, y al mismo tiempo que el Patronato de la Fundación del que forma parte el Presidente aprueba las cuentas de la misma. Pues bien, es evidente que más allá del debate de si estamos o no ante una sociedad mercantil "strictu sensu", las funciones del Presidente de la Fundación, en cuanto representante de una entidad, relacionada directamente con una importante mercantil de la Provincia en que ejerce sus funciones jurisdiccionales, le obligan a firmar convenios y contratos de naturaleza mercantil, y a aprobar las cuentas de la Fundación, acto de máxima importancia y responsabilidad, que no puede obviarse so pretexto de desconocer las reglas contables. En consecuencia, no puede interpretarse el apartado 9 del artículo 389 en un sentido estricto, considerando que solo en el caso de empresas o sociedades mercantiles típicas existe incompatibilidad, pues la finalidad del mismo es como ya se ha dicho, evitar el ejercicio por quien tiene funciones jurisdiccionales, de cualquier otra actividad, que de forma objetiva, pueda ser apreciada por la sociedad como incompatible con la neutralidad e imparcialidad propia de la función jurisdiccional, y por eso el precepto pretende abarcar toda clase de sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género. Es evidente que si el precepto hubiera limitado la incompatibilidad a la participación, en este caso administrativa, en empresas mercantiles tipificadas como tales, las dos últimas concreciones sobrarían. En consecuencia, esta Sala comparte los argumentos del acuerdo recurrido, y de la Abogada del Estado que lo defiende, en el sentido de que no puede excluirse a las fundaciones automáticamente del ámbito del artículo 389.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni interpretar el termino sociedades o empresas mercantiles en su sentido más técnico, a fin de limitarlo a aquellas que tengan ánimo de lucro, sino que es una cuestión a

resolver caso por caso, atendiendo a la actividad y naturaleza de las mismas y a sus circunstancias, como la vinculación mas o menos directa con una entidad mercantil, para determinar si el ejercicio de un cargo en las mismas pueda empañar o no la independencia judicial objetivamente".

En definitiva, la expresión utilizada en el artº 389.9 de la LOPJ , "sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género", no se está utilizando en sentido técnico, ni con la misma se pretende salvaguardar la independencia judicial evitando que los miembros de la Carrera Judicial se ocupen directamente de actividades mercantiles, puesto que en este caso estaríamos ante un precepto redundante e inútil, pues ya el número 8 del citado artículo se encarga de declarar la incompatibilidad "con el ejercicio de toda actividad mercantil, por si o por otro", sino que está haciendo referencia a entidades u organizaciones en general, no sólo las que tengan ánimo de lucro, sino también las que persiguen otros fines, como pudieran ser las fundaciones y, claro está, las asociaciones, siendo lo determinante su vinculación más o menos directa con una entidad mercantil. El artº 389.9 de la LOPJ se refiere, también, a fundaciones y asociaciones, siempre que su actividad pueda proyectarse o vincularse con entidades mercantiles, por lo que cabe añadir a la dicción del artº 389.9 de la LOPJ , "sociedades o empresas mercantiles, públicas o privadas, de cualquier género", incluidas las fundaciones y asociaciones más o menos vinculadas directamente con aquellas, a las que se extiende la incompatibilidad prevista.

El problema, por tanto, se traslada a otro ámbito, efectivamente hemos de convenir que es incompatible con la función judicial el desempeño de cargos directivos en fundaciones y asociaciones, pero no en todo caso, sino sólo respecto de la que existe la expresada vinculación con una entidad mercantil en sentido amplio, por lo que la cuestión a dilucidar es de límites y respecto del control que introduce el expresado artº 326.1.i), del Reglamento que prevé para el desempeño de cargo directivo la obtención de compatibilidad.

Pues bien, aún lo casuístico que puede resultar el ámbito al que abarca dicho artículo, si dicha actividad en los supuestos a los que se extiende el 389.9 de la LOPJ, en los términos vistos, resulta incompatible, no puede simultanearse con el cargo de magistrado o juez, lo que en modo alguno cabe es prever al respecto la posibilidad de obtención de compatibilidad, puesto que siendo absolutamente incompatible en ningún caso puede obtenerse dicha compatibilidad. Por tanto, el desempeñar cargo directivo en asociaciones o fundaciones es o no incompatible con carácter absoluto. La cuestión radica en cómo articular dicho control, en supuesto tan casuístico y, prima facie, indeterminado, y como se colige del carácter absoluto de la incompatibilidad a la que nos venimos refiriendo, resulta de todo punto inadecuado pretender ejercer dicho control mediante la obtención de una previa declaración de compatibilidad, pues si la actividad es de las incompatibles no cabe obtener compatibilidad alguna, y viceversa, si no es incompatible, no puede sujetarse su libre ejercicio a dicha obtención. Por tanto, sin perjuicio de los instrumentos de control que pudiera articular el Consejo General del Poder Judicial, en una cuestión de perfiles ciertamente inciertos en los que se exige una labor de exégesis para delimitar la vinculación más o menos directa con la entidad mercantil a los efectos que interesa, resulta evidente que dicho artículo reglamentario en cuanto exige una previa obtención de compatibilidad para el desempeño de cargo directivo en cualquier fundación o asociación, incluso las no comprendidas en el artº 389.9 de la LOPJ , introduce una medida que supone materialmente una restricción al derecho de asociación y fundación, excediéndose el ámbito de incompatibilidades que de forma cerrada y taxativa impone el artº 389 de la LOPJ ."

Procede, por lo razonado en la sentencia citada, la estimación del recurso en relación con el inciso impugnado del artículo 326.1.i) del Reglamento, que se anula.

VIGESIMOSEGUNDO.- El artículo 327 es el último de los precepto del Reglamento 2/2011 impugnados por la Asociación de jueces y magistrados Francisco de Vitoria.

1. El ejercicio de la docencia y la investigación jurídica por parte de los miembros de la Carrera Judicial constituye una manifestación de su competencia profesional y el reconocimiento de su experiencia y conocimientos.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado e) del número uno del artículo anterior, el Consejo General del Poder Judicial, previa petición, podrá autorizar a los miembros de la Carrera Judicial para compatibilizar su cargo con el ejercicio de la docencia o investigación jurídica así como con la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla, cuando sea necesario de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Aunque el recurso se dirige contra el artículo 327 del Reglamento, sin efectuar distinción entre sus dos apartados, cabe entender que la impugnación está limitada al apartado 2, porque no desarrolla

ninguna argumentación en relación con el apartado 1 del artículo 327, que efectúa una declaración de tipo genérico sobre el ejercicio de la docencia y la investigación jurídica como manifestaciones de la competencia profesional, que la recurrente no cuestiona.

El artículo 327.2 impugnado comienza con una referencia expresa al artículo 326.1. letra e) del Reglamento, que declara que el cargo de juez o magistrado es incompatible " *con todo empleo, cargo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas .* "

Este último precepto es reproducción literal del artículo 389.5 LOPJ , que en idénticos términos declara incompatible el cargo de juez o magistrado con el ejercicio de todo empleo, cargo o profesión retribuida, y excepciona de la incompatibilidad la docencia o investigación jurídica, y la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquella, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de incompatibilidades al servicio de las Administraciones Públicas.

Sostiene la parte recurrente que el artículo 327.2 del Reglamento exige, de modo genérico, la autorización de la compatibilidad en los casos de ejercicio de la docencia, investigación jurídica, y producción y creación literaria, artística, científica y técnica, yendo más lejos o siendo más riguroso de lo previsto en la Ley de incompatibilidades y considera que es razonable la exigencia de compatibilidad para las actividades de docencia y de investigación que impliquen vinculación de prestación de servicios con alguna institución educativa, pero que no resulta razonable la extensión de la autorización a actividades como la creación literaria, que no tienen tal vinculación, ni repercusión de ningún tipo en la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, las alegaciones de la Asociación recurrente no pueden acogerse, porque parten de una interpretación incorrecta del artículo que impugna, que no establece extensión o modificación en relación con la regulación de la LOPJ.

En efecto, el artículo 389.5 LOPJ declara las actividades docentes, de investigación jurídica y de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y las publicaciones derivadas de aquella, exceptuadas de la incompatibilidad, " *de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas* ".

En relación con lo anterior, el artículo 327.2 del Reglamento no impone ninguna generalización de la necesidad de autorización de la compatibilidad, como sostiene la Asociación recurrente, pues establece que el Consejo General del Poder Judicial podrá autorizar la compatibilidad " *...cuando sea necesario de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.* "

No se establece entonces por el Reglamento una exigencia genérica de autorización, como resulta de la interpretación del artículo impugnado que efectúa la Asociación recurrente, sino que la exigencia de la autorización está limitada a los casos en que sea necesaria de conformidad con la legislación de incompatibilidades de los funcionarios.

Por tanto, el régimen jurídico de las actividades docentes, investigación jurídica y de creación literaria, artística, científica y técnica es el mismo en el artículo reglamentario impugnado que en la LOPJ, sin ninguna generalización o extensión de las actividades sujetas a autorización, pues ambas normas, LOPJ y Reglamento, se remiten a lo dispuesto en la ley 53/1984, de 26 de noviembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La ley 53/1984 trata de las actividades docentes y de investigación a que se refiere el Reglamento en sus artículos 4 y 19, apartado f).

El artículo 4 de la Ley 53/1984 prevé que pueda autorizarse la compatibilidad para el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente, en las condiciones que indica, y el artículo 19.f) de la misma ley exceptúa del régimen de incompatibilidades las actividades de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, " *...siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios...* " .

De esta forma la referencia del artículo 327.2 del Reglamento a la autorización de la compatibilidad, " *cuando sea necesaria* " de conformidad con la ley 53/1984 , opera en relación con el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente y, en su caso, cuando la producción o creación literaria, artística, científica y técnica se origine como consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios, pero no en el

resto de los casos de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y publicaciones derivadas de aquella, que están exceptuados del régimen de incompatibilidades de la ley 53/1984.

Por lo hasta aquí razonado, el artículo 327.2 del Reglamento no supone ninguna extralimitación en relación con el régimen de incompatibilidades determinado en el artículo 389.5 LOPJ, por lo que se desestima la demanda en la impugnación del indicado precepto reglamentario.

VIGESIMOTERCERO.- Como resumen de todo lo hasta aquí razonado, procede la estimación parcial del recurso formulado por la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, contra el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, del que se anulan por ser contrarios a derecho los siguientes artículos:

- Artículo 24.4 en su totalidad y artículo 37 en el inciso. *"comomagistrados especialistas en el orden jurisdiccional que corresponda"*.

- Artículos 41 y 42 en su totalidad.

- Artículo 84 en el inciso siguiente: *"Las solicitudes formuladas en los procedimientos administrativos que se relacionan seguidamente se podrán entender desestimadas, una vez transcurridos los plazos máximos de resolución señalados a continuación, sin que se hubiera dictado resolución expresa"*. Anulado el párrafo anterior, el sentido estimatorio o desestimatorio de los procedimientos que se citan en el artículo 84 dependerá del encaje del correspondiente procedimiento en la regla general del silencio positivo o en las excepciones de silencio negativo que se establecen en el artículo 43.1 y concordantes de la LRJPAC.

- Artículo 192.1 en el inciso final: *"salvo los haberes correspondientes a los periodos de incomparecencia, rebeldía o paralización del procedimiento disciplinario por causa imputable al interesado."*

- Artículo 210.5 en su totalidad.

- Artículo 272.6 en su totalidad.

- Artículo 289 en su totalidad.

- Artículo 292 en su totalidad.

- Artículo 326.1.h), en el inciso: *"La administración del patrimonio personal o familiar a que se refiere la letra a) del artículo 19 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, bajo forma de sociedad o cualquier otro tipo de persona jurídica, así como de comunidades de bienes, estará sujeta a la previa concesión de compatibilidad."*

- Artículo 326.1.i) en el inciso: *El desempeño de cargos directivos en fundaciones, públicas o privadas, o asociaciones de cualquier naturaleza exigirá la previa obtención de la compatibilidad."*

VIGESIMOCUARTO.- De conformidad con las reglas del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas.

FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria, contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, del que se anulan por ser contrarios a derecho los artículos 24.4, 37, 41, 42, 84, 192.1, 210.5, 272.6, 289, 292, 326.1.h) y 326.1.i), en la forma y con la extensión que se indica en el Fundamento de Derecho Vigesimotercero de esta sentencia.

Sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jose Manuel Sieira Miguez **D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez D. Ricardo Enriquez Sancho D. Jorge Rodriguez-Zapata Perez D. Pedro Jose Yague Gil** D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Segundo Menendez Perez D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Rafael Fernandez Valverde D^a. Celsa Pico Lorenzo **D. Octavio Juan Herrero Pina D. Emilio Frias Ponce** D. Jose Diaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas **D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco** D^a. Maria del Pilar Teso Gamella D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Jose Antonio Montero Fernandez D^a. Maria Isabel Perello Domenech **D. Carlos Lesmes Serrano D. Jose Maria del Riego Valledor D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D. Antonio Jesus Fonseca-Herrero Raimundo** D. Diego Cordoba

Castroverde D. Jose Juan Suay Rincon D. Oscar Gonzalez Gonzalez D. Ramon Trillo Torres D. Vicente Conde Martin de Hijas D. Manuel Martin Timon D. Jesus Ernesto Peces Morate D. Juan Gonzalo Martinez Mico

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:19/07/2013

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Nicolas Maurandi Guillen, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, D. Jose Diaz Delgado, D. Jose Antonio Montero Fernandez, D^a. Maria Isabel Perello Domenech, D. Manuel Martin Timon, D. Jesus Ernesto Peces Morate y D. Juan Gonzalo Martinez Mico, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al disentir de la mayoría en la decisión adoptada en la sentencia que resuelve este recurso ordinario número **349/2011**.

Con todo respeto a la posición mayoritaria de la Sala, recogida en la Sentencia que resuelve el recurso, discrepamos de la misma en relación con la impugnación del artículo 24.4 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial , sobre la realización de pruebas para el reconocimiento de la condición de especialista en el orden civil y penal, a la que pueden concurrir miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado.

PRIMERO.- En este voto defendemos que la LOPJ, especialmente tras la reforma efectuada por la LO 19/2003, prevé la especialización de los miembros de la Carrera Judicial con categoría de magistrado en los órdenes civil y penal y autoriza el desarrollo reglamentario por el Consejo General del Poder Judicial de las pruebas correspondientes.

Es cierto que, como sostiene la sentencia de la que discrepamos, el artículo 311 LOPJ no contempla la especialización de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrados en el orden civil y penal, pero sin embargo, una interpretación de conjunto o completa de la LOPJ permite sostener que la misma prevé la especialización de jueces y magistrados en dichos órdenes jurisdiccionales, en base especialmente al artículo 344 a) LOPJ que, al tratar de la cobertura de las plazas del Tribunal Supremo reservadas a la Carrera Judicial, indica que corresponden *"dos a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal o que las superen ostentando esa categoría o, en función del orden jurisdiccional, dos a magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso administrativo y social."*

Esa expresión del artículo 344 a) LOPJ , referida a magistrados que superen las pruebas de selección en el orden civil o penal *"ostentando esa categoría"* , es prueba evidente de que la LOPJ reconoce que no solo los jueces, sino también los magistrados pueden participar en pruebas selectivas en el orden civil y penal.

La actual redacción del artículo 344 a) LOPJ fue introducida por la reforma de la LOPJ operada por la ley 19/2003, de 23 de diciembre, pues antes de esta reforma, de las plazas del Tribunal Supremo que correspondían a la Carrera Judicial, el artículo 344 a) LOPJ reservaba dos a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal.

Por tanto, la novedad consiste en que antes de la LO 19/2003, las dos plazas a que se refiere el artículo 344 a) LOPJ correspondían a magistrados que hubieran accedido a la categoría mediante las pruebas selectivas, pero hoy, tras la reforma de la LO 19/2003, a estos se añaden los magistrados que hubieran superado las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal *"ostentando dicha categoría"* .

La interpretación más lógica es entonces que la LOPJ, desde la LO 19/2003, también prevé que miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado concurren y superen las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal.

Abunda en la anterior interpretación el párrafo 2º del artículo 344 a), también introducido por la reforma de la LOPJ llevada a cabo por la Ley 19/2003, que establece que *"a los efectos de la reserva de plazas en el orden jurisdiccional civil, los magistrados que hubiesen superados las pruebas de especialización en materia mercantil se equiparán a los que hubieran superado las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil."* Nuevamente el precepto se refiere a magistrados que superen las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil. Esa expresión de *"se equiparán a los que hubieran superado las pruebas de selección"* no puede entenderse gramaticalmente como una referencia a "los jueces que", pues el precepto está hablando de magistrados, y si hubiera querido referirse, no a magistrados que hubieran superado las pruebas de selección, sino a los magistrados que hubieran accedido a esa categoría mediante una prueba selectiva, debería decirlo

así, como lo hace el mismo artículo en su párrafo primero, en vez de referirse a los (magistrados) que hubiesen superado las pruebas selectivas.

La conclusión a que conduce admitir, como resulta del sentido propio de los términos del artículo 344 a) LOPJ , párrafos primero y segundo, que los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado pueden participar y superar las pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal, es que tales pruebas no pueden contemplarse exclusivamente como pruebas de acceso a la categoría de magistrado, pues carecería de sentido que la LOPJ permita participar y superar tales pruebas a quien ya ostenta dicha categoría, si su contenido estuviera limitado únicamente a posibilitar el acceso a la categoría de magistrado.

En realidad, la pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal, a que se refiere el artículo 344 a) LOPJ , en su párrafos primero y segundo, tienen la misma finalidad que las pruebas de especialización en el orden contencioso administrativo, social y mercantil, descritas en los artículos 311.1 y 2 LOPJ , si bien con un contenido más limitado. Unas y otras, si el participante es un miembro de la Carrera Judicial con la categoría de juez, le permiten que mediante su superación promocione a la categoría de magistrado, y si el participante es un miembro de la Carrera Judicial, indistintamente con la categoría de juez o de magistrado, le reconocen por la superación de las pruebas un sistema de preferencias o de reserva de plazas, más amplio en el caso de las pruebas de especialización en el orden contencioso administrativo y social, y limitado en el caso de las pruebas de selección en el orden civil y penal a la reserva de dos de cada cuatro plazas de magistrado del Tribunal Supremo correspondientes a la Carrera Judicial, en los términos previstos por el propio artículo 344 a) LOPJ , y a la preferencia para determinados destinos del orden penal en la Audiencia Nacional, establecida por el artículo 330 LOPJ .

Más adelante volveremos sobre esta cuestión del contenido de la especialización de los miembros de la carrera judicial con categoría de magistrado en el orden civil y penal.

SEGUNDO.- Además del artículo 344 a), párrafos 1º y 2º, existen otros preceptos en la LOPJ que prevén, con rotundidad, la especialización de los magistrados, en el orden penal en este caso.

El artículo 330.7 LOPJ , que se refiere a los concursos para la provisión de las plazas de las Salas de la Audiencia Nacional, indica que se resolverán a favor de *"quienes ostenten la correspondiente especialización en el orden respectivo"* . Es cierto que la Audiencia Nacional tiene Salas de lo Penal, de lo Contencioso Administrativo y de lo Social, por lo que podría pensarse que el precepto se está refiriendo a las dos últimas Salas, pero no a la Sala de lo Penal, lo que es una interpretación posible, pero contraria al sentido propio de los términos empleados por el precepto, y también al principio interpretativo que aconseja al intérprete no distinguir donde la ley no distingue.

Pero la previsión en la LOPJ de la existencia de magistrados especialistas en el orden penal aparece en otros preceptos, ya sin duda alguna. Así, el artículo 330.7 LOPJ , que se refiere a los concursos de provisión de plazas de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, señala que se resolverán a favor de quienes, con más de 15 años de antigüedad en la carrera, hayan prestado servicios al menos durante diez años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose entre ellos *"a quienes ostenten la condición de especialista"* .

Este precepto, por tanto, prevé sin otra interpretación alternativa razonable, la existencia de magistrados especialistas en el orden jurisdiccional penal. Puede argumentarse que hoy no existe Sala de Apelaciones en la Audiencia Nacional, pero ello no deja sin efecto la conclusión a que antes hemos llegado, pues si es cierto que no está constituida en la Audiencia Nacional una Sala de Apelaciones, también lo es que esa Sala está prevista en la LOPJ, y que la misma norma legal prevé con toda claridad la preferencia de magistrados especialistas en el orden penal para completar dicha Sala.

La misma conclusión resulta del artículo 333.1 LOPJ que regula la provisión de distintas plazas de Presidentes de Sala en la Audiencia Nacional y en los Tribunales Superiores de Justicia y que, refiriéndose a la Presidencia de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, indica que se proveerá entre magistrados con 15 años de antigüedad en la carrera, que hayan prestado servicios durante 10 años en el orden jurisdiccional penal, prefiriéndose entre ellos *"a quien ostente la condición de especialista"* .

Así pues, la LOPJ, en los preceptos indicados, prevé con nitidez la existencia de magistrados especialistas en el orden jurisdiccional penal y, por tanto, la especialización en ese orden jurisdiccional.

TERCERO.- La anterior interpretación, que se deduce de la literalidad de los términos empleados por la LOPJ, resulta también la más acorde con el espíritu y finalidad de la propia LOPJ.

La Exposición de Motivos de la LOPJ, en su redacción original de 1985, ya se refería a la importancia de la especialización, que por un lado es necesaria a la vista de la magnitud y complejidad de la legislación de nuestros días y, por otro, conveniente en cuanto introduce elementos en orden a la permanente formación de jueces y magistrados, y es de notar que la Exposición de Motivos no limita la relevancia de la especialización a ningún concreto orden jurisdiccional, siendo sin duda apreciables las circunstancias que la aconsejan, de complejidad de la legislación y de estímulo a la formación, también en los órdenes civil y penal.

Esta preferencia del legislador orgánico por la especialización es una constante que se mantiene en nuestros días, pues la Exposición de Motivos de la LO 19/2003, que dio la redacción vigente a los artículos 330.7 , 333.1 y 344 a) antes citados, indica que el texto legal efectúa *"una decidida apuesta por la profesionalidad de jueces y magistrados...así como la extensión a nuevos supuestos de los principios de mérito, formación y especialización para la adjudicación de los diferentes destinos, superándose así el exclusivo criterio de antigüedad."*

La apuesta por la especialización no está limitada a la Exposición de Motivos de la LOPJ y sus reformas, sino que está incorporada en su texto normativo, en el artículo 326.1 LOPJ , que señala que:

"El ascenso y promoción profesional de los jueces y magistrados dentro de la Carrera Judicial estará basado en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos".

CUARTO.- Si la LOPJ prevé la especialización de los magistrados en el orden jurisdiccional civil y penal, en los preceptos examinados, ha de reconocerse también que el artículo 110.2 LOPJ habilita al Consejo General del Poder Judicial para dictar reglamentos de desarrollo de la ley en las materias que indica, entre las que se encuentra, en la letra a), *"el sistema de ingreso, promoción y especialización en la Carrera Judicial"* a lo que se añade, en la letra e) del mismo precepto, la habilitación para dictar reglamentos sobre *"la forma de obtención de títulos de especialización."*

Es de importancia destacar los límites del desarrollo reglamentario en la materia de que tratamos. El Reglamento no puede, bajo pretexto de regular el sistema de especialización, alterar de cualquier forma la preferencia en la provisión de destinos reglados que determina la LOPJ, lo que constituiría un exceso en la potestad reglamentaria del CGPJ, pues ni el artículo 110 LOPJ , ni ningún otro precepto, permiten al CGPJ regular por vía reglamentaria el sistema de provisión de plazas, ni establecer preferencias para cubrirlas.

En este aspecto, el Reglamento en nada modifica ni altera los sistemas de provisión de plazas y las preferencias establecidas por la LOPJ. La parte recurrente no impugna ningún precepto del Reglamento que introduzca modificaciones o alteraciones en esta materia, y si se examinan las normas reglamentarias sobre la provisión de plazas en Juzgados y Tribunales, comprendidas en los artículos 158 y siguientes del Reglamento, se comprueba que las únicas referencias a la especialización en el orden penal y civil se encuentran en el artículo 169.2 y 3, que prevén una preferencia en los concursos para la provisión de las plazas de las Salas de la Audiencia Nacional, sin especificar orden jurisdiccional, y para la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en idénticos casos a los previstos por el artículo 330.7 LOPJ .

Con anterioridad hacíamos una referencia al distinto contenido de la especialización en el orden civil y penal, en relación con el contenido de la especialización en el orden contencioso administrativo, social y mercantil.

En efecto, la especialidad en el orden contencioso administrativo, social y mercantil tiene un contenido propio y característico, consistente en un sistema de preferencias y de reserva de plazas en Juzgados y Secciones o Salas de los órganos colegiados de los respectivos órdenes jurisdiccionales, que detalla la sentencia que resuelve este recurso, pero también la especialidad de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrados en el orden civil y penal tiene un contenido propio en la LOPJ, constituido por las preferencias para cubrir las plazas de magistrado de la Sala de Apelaciones y Presidencia de la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional, establecidas en los artículos 330.7 y 333.1 LOPJ y, de forma destacada, por la reserva de dos de cada cuatro plazas de magistrado del Tribunal Supremo correspondientes a la Carrera Judicial, en los términos previstos por el artículo 344 a) LOPJ , que ya hemos examinado.

Ciertamente, el contenido de la especialización de los miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado en el orden jurisdiccional civil y penal, a pesar de la relevancia de la reserva de plazas en el Tribunal Supremo determinada por el artículo 344 a) LOPJ , es más limitado que el contenido de la especialización en otros órdenes jurisdiccionales, pero esa diferencia de contenido no constituye, por si misma, razón suficiente para sostener que la LOPJ no contempla la especialización de que tratamos, pues

no existe norma alguna en la LOPJ que imponga un sistema de preferencias, con carácter de mínimo, para el reconocimiento de la especialización en un orden jurisdiccional.

En suma, consideramos que el Reglamento impugnado, al prever la realización de pruebas para el reconocimiento de la condición de especialista en el orden civil y penal, a las que pueden concurrir miembros de la Carrera Judicial con la categoría de magistrado, no se extralimitó de la habilitación efectuada por el artículo 110.2, letras a) y e) de la LOPJ , por lo que procedía la desestimación del recurso contencioso administrativo en su impugnación del artículo 24.4 del Reglamento.

D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Jose Diaz Delgado D. Jose Antonio Montero Fernandez

D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Manuel Martin Timon D. Jesus Ernesto Peces Morate

D. Juan Gonzalo Martinez Mico

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Yague Gil a la sentencia pronunciada en fecha 19 de Julio de 2013 y en el recurso contencioso-administrativo número 349/2011 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo.

La sentencia del Pleno de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria contra el Acuerdo de 28 de Abril de 2011 del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial.

Por medio de este voto particular muestro mi desacuerdo con dicha sentencia en el extremo concreto en que anula los artículos 24.4 y 37 del Reglamento impugnado, que reconocen la posibilidad de que los miembros de la carrera judicial con categoría de Magistrados se especialicen en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, por entender la Sala que dicha especialización no se encuentra reconocida en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No estoy de acuerdo ni con ese argumento ni con su conclusión.

El artículo 344.a) de dicha Ley Orgánica, que regula la forma en que han de cubrirse las cuatro plazas que en cada Sala del Tribunal Supremo se reservan a la Carrera Judicial, dice literalmente lo siguiente:

"Art. 344. De cada cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial, corresponderán:

a) Dos a magistrados que hubieren accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal o que las superen ostentando esa categoría, o, en función del orden jurisdiccional, dos a magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social o que pertenezca en este último caso al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo."

Este precepto muestra de forma clara que la L.O.P.J. admite la especialización de Magistrados en el orden civil y penal, y la norma no puede ser desvalorada llamándola ocasional o episódica, porque este artículo 344.a) tiene la misma fuerza normativa que el artículo 311.1, y si éste se refiere a los Jueces, aquél se refiere a los Magistrados. Ninguna contradicción hay entre ambas normas y a ninguna se le puede privar de su fuerza normativa.

Dígame lo mismo del reconocimiento de la especialización en el orden penal del artículo 330.7 de la L.O.P.J ., referente a la provisión de plazas en la Sala de lo Penal y en la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

Y frente a ello no podría decirse que una cosa es la especialidad y otra la superación de pruebas de selección, pues en la Ley Orgánica ambos conceptos son equivalentes y se trata de una sutileza puramente semántica que carece, por ello, de diferencias sustantivas. [Ello sin contar con el hecho de que el artículo 344.a), que nos ocupa, referente a los Magistrados, utiliza la expresión "*pruebas de selección*" de la misma forma que el 311 habla de "*pruebas selectivas*", con referencia a los Jueces, lo que demuestra que se trata de la misma cosa]. Las pruebas selectivas son el medio para lograr la especialización y la especialización es el resultado de la superación de las pruebas selectivas.

En definitiva, no se comprende que se concluya que un concepto no está admitido en la L.O.P.J. cuando hay preceptos concretos que lo regulan [los artículos 344.a) y 330.7] y con unos efectos específicos (a saber, nada menos, por ejemplo, que reservando a esa vía dos plazas en cada una de las Salas del Tribunal Supremo). Sí lo está, y de forma específica y concreta, en la misma letra de la L.O.P.J., y, desde luego, en su propio espíritu, pues así se deduce de su Exposición de Motivos (Apartado VII, que habla de la especialización como "necesaria" y "conveniente").

Añado a estas razones las mejores y más cumplidas que da en su voto particular sobre esta cuestión el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor.

Por todo ello, considero que la sentencia debió desestimar la impugnación de los artículos 24.4 y 37 del Reglamento impugnado, por estar admitida en la Ley Orgánica del Poder Judicial la especialización de los Magistrados en los órdenes civil y penal, y ser por ello conforme a Derecho, en este extremo, el Reglamento impugnado.

Lo firmo en Madrid, a 19 de Julio de 2013.

D. Pedro Jose Yague Gil

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:19/07/2013

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013, en el recurso contencioso-administrativo número **349/2011** , interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACION DE JUECES Y MAGISTRADOS FRANCISCO DE VITORIA contra el Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial.

Debo mostrar respetuosamente mi discrepancia con el pronunciamiento del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, en la expresión de su voto mayoritario, declara la nulidad del artículo 24.4 del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial , aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 28 de abril de 2011, que regula el procedimiento selectivo para el reconocimiento de la condición de especialista en los ordenes civil o penal, que sustento en los siguientes fundamentos jurídicos.

Primero. - La Constitución Española de 1978, en su artículo 122.2 define al Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del poder judicial. El designio del poder constituyente al instituir el Consejo General del Poder Judicial era configurar un órgano de relevancia constitucional, autónomo y separado de los demás poderes estatales constituidos, al servicio de la jurisdicción, con la finalidad de que asuma determinadas funciones y competencias en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados, cuya transferencia al Gobierno podría enturbiar o comprometer la imagen de la independencia judicial.

Aunque el artículo 122 de la Constitución no prevee la atribución al Consejo General del Poder Judicial de la potestad reglamentaria, ello no es obstáculo para que el legislador orgánico confiera al órgano de gobierno del poder judicial funciones ordinamentales relativas a la organización de Juzgados y Tribunales y al desarrollo del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados, que se revelen necesarias y adecuadas para el cumplimiento de las funciones constitucionalmente asignadas, y de aquellas otras de carácter complementario o conexo, que, aunque no estén específicamente mencionadas en el texto constitucional, por su naturaleza o esencia, no deban atribuirse al Gobierno.

Así se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 108/1986, de 29 de junio , que advierte que la reserva de Ley Orgánica respecto del estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, a que alude el artículo 122.1 de la Constitución , no excluye la posibilidad de desarrollo reglamentario, aunque el ejercicio de dicha potestad está condicionado a no afectar a la independencia de los servidores públicos, Jueces y Magistrados, integrantes del poder judicial, en cuanto que como titulares de la potestad jurisdiccional, no pueden, en principio, estar sometidos a normas de rango inferior a la Ley, y, muy especialmente, a los reglamentos que pueda dictar el Gobierno.

<<Lo expuesto hasta ahora no agota, sin embargo, la cuestión planteada, porque, al margen de que el art. 97 de la Constitución no imponga a la potestad reglamentaria del Gobierno los límites que pretenden los recurrentes y de que no puede atribuirse al Consejo el poder implícito de dictar reglamentos aplicables fuera de su ámbito, debe examinarse si existen otras razones para restringir y, en caso afirmativo, en qué medida, la potestad reglamentaria en lo que afecta a la situación, derechos y deberes de los jueces y magistrados. La cuestión surge porque **aun siendo cierto que este Tribunal ha declarado que la reserva de Ley Orgánica no excluye la posibilidad de desarrollos reglamentarios** - STC núm. 77/1985, de 27 de junio (RTC 1985\77)-, **en el caso de la reserva específica del estatuto de los jueces y magistrados previsto en el artículo 122.1 de la Constitución se da una característica peculiar, cual es la independencia que a los jueces y magistrados, como integrantes del poder judicial, es decir, como titulares de la potestad jurisdiccional, les reconoce la misma Constitución. Esa independencia supone que los jueces no pueden estar sometidos, en principio, a normas de rango inferior a la ley y, muy especialmente, a los reglamentos que pueda dictar el Gobierno** (art. 117.1 de la Constitución). **Y ello no sólo en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también en su propio status, pues lo contrario supondría la posibilidad de influir en su situación personal con los riesgos que ello acarrea respecto a la misma función jurisdiccional.** Ya, en ese sentido, la vieja Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870 (NDL 6437), disponía, en su art. 6 , que las «disposiciones reglamentarias que el Poder Ejecutivo adopte, en uso de sus atribuciones, nunca alcanzarán a derogar ni a modificar la organización de los Juzgados y Tribunales, ni las condiciones que para el ingreso y ascenso en la carrera judicial señalen las leyes». **Ese principio ha de considerarse reforzado por nuestra vigente Constitución. El status de los jueces y magistrados, es decir, el conjunto de derechos y deberes de los que son titulares como tales jueces y magistrados, ha de venir determinado por ley y más precisamente por Ley Orgánica** (art. 122.1 de la Constitución). **Ello no supone necesariamente que no quepa en términos absolutos ningún tipo de regulación infralegal que afecte a ese status. Exigencias de carácter práctico pueden imponer que regulaciones de carácter secundario y auxiliar pueden ser dispuestas por vía reglamentaria. Pero en el bien entendido que tal tipo de disposiciones no pueden incidir en el conjunto de derechos y deberes que configuran el estatuto de los jueces y sí sólo regular, como se ha dicho, condiciones accesorias para su ejercicio.** El tipo de reglamento que contenga esas condiciones podrá entrar en el ámbito de aquéllos cuya aprobación es facultad del Consejo según el citado artículo 110 de la L. O. P. J ., que debe ser interpretado en forma amplia, por constituir una garantía de las funciones que la misma Ley asigna al Consejo para protección de la independencia judicial. **También es posible, en ciertos casos, que la potestad reglamentaria corresponda al Gobierno, aunque siempre dentro de los límites indicados. No es posible ni necesario señalar «a priori» en qué casos corresponderá al Consejo o al Gobierno esa potestad. Basta recordar que en caso de uso indebido de la misma existen cauces legales para resolver las discrepancias que surjan.**>>

Segundo.- La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sometida a constantes reformas, incurre en un claro defecto de técnica legislativa en la regulación de las especialidades jurídicas como sistema de cualificación profesional y de promoción de Jueces y Magistrados, pero ello no puede determinar la anulación del artículo 24.4 y disposiciones conexas del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial , aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de abril de 2011, por cuanto, a mi juicio, tal como sostienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus escritos de contestación a la demanda, el Consejo General del Poder Judicial no se ha extralimitado al desarrollar las previsiones establecidas en el artículo 311 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 110.2.a) y e) y 344 del referido texto legal .

En efecto, cabe poner de relieve, en primer término, que el artículo 110.2.a) y e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en la redacción introducida por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, habilita expresamente al Consejo General del Poder Judicial para dictar reglamentos en desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial en materia de "promoción y especialización en la Carrera Judicial" y en las "actividades de formación de los Jueces y Magistrados y forma de obtención de títulos de especialización", sin excluir ningún orden jurisdiccional del ámbito regulatorio, por lo que carece de fundamento que el Consejo General del Poder Judicial carezca de habilitación para regular las especialidades en los ordenes jurisdiccionales civil y penal, al solo poder regular pruebas de especialización en los ordenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, en cuanto esa distinción no es coherente con el derecho constitucional de Jueces y Magistrados a promocionar en condiciones de igualdad, que reconoce el artículo 23.2 de la Constitución , en relación a lo dispuesto en el artículo 122.1 del texto legal, ni con el principio de racionalidad que rige la organización judicial como servicio público constitucional, conforme se infiere de lo dispuesto en los artículos 103 y 117 de la Constitución Española .

Por ello, sin necesidad de invocar la potestad reglamentaria de suplencia del Consejo General del Poder Judicial, ante las oscuridades y las antinomias conceptuales y terminológicas en que incurre la regulación del legislador orgánico de los mecanismos de promoción y especialización en los diferentes órdenes jurisdiccionales, cabe una interpretación sistemática e integradora de los artículos 110 , 311 y 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que, partiendo de la regulación de la provisión de plazas en el Tribunal Supremo, que, en la redacción introducida por la Ley Orgánica 19/2003, estipula que de cada cuatro plazas reservadas a la Carrera Judicial corresponderán dos a Magistrados que hubieren accedido a la categoría mediante las correspondientes pruebas de selección en el orden jurisdiccional civil y penal o que las superen ostentando esa categoría, o, en función del orden jurisdiccional, dos a Magistrados especialistas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social o que pertenezcan en este último caso al extinguido Cuerpo de Magistrados de Trabajo, permita superar la interpretación descontextualizada y literalista del artículo 311 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , cuya redacción descansaba en la idea de que los jueces que ingresaban en la Carrera Judicial estaban " *ab initio*" especializados para ejercer sus funciones en los ordenes jurisdiccionales civil y penal, por lo que para acceder a la categoría de Magistrado se les habilitaba un específico sistema de promoción basado en la superación de pruebas selectivas.

Al respecto, cabe señalar que de la lectura de la Memoria del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y del contenido de los informes emitidos con ocasión de su tramitación, se desprende inequívocamente que el designio del legislador era establecer un sistema común de "especialización por pruebas selectivas", cuya superación permitía la promoción a la categoría de Magistrado, así como acceder con preferencia a determinadas plazas reservadas en los órganos colegiados, sin distinguir por tanto, desde esta perspectiva sustantiva de ordenación de la Carrera Judicial, las pruebas selectivas genéricas de las de especialización, en cuanto se considera que los órdenes civil y penal constituyen el "tronco común" de la jurisdicción ordinaria, en las que se centra la formación de los que ingresan en la Carrera Judicial.

Así mismo cabe significar que la negación, en términos absolutos, del carácter de especialista en los ordenes jurisdiccional civil y penal, a que aboca la decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, contradice la previsión del artículo 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que regula el mecanismo de provisión de la plaza de Presidente de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, estableciendo un criterio de preferencia entre los Magistrados con quince años de antigüedad en la carrera judicial y que hayan prestado servicios al menos durante diez años en el orden jurisdiccional penal, basado en ostentar la condición de especialista en el orden jurisdiccional penal.

La decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. adoptada en la resolución del recurso contencioso-administrativo **349/2011**, se aparta de precedentes de esta misma Sala jurisdiccional, que, en las sentencias de 15 de marzo de 2008 (RCA 336/2006) y de 22 de febrero de 2010 (RCA 780/2007), en aplicación del artículo 344 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , equipara o asimila la condición de aquellos Magistrados que hubieren superado las pruebas selectivas en el orden civil y penal con la de los Magistrados especialistas en dichos ordenes jurisdiccionales, a los efectos de proveer las plazas de la Sala Penal del Tribunal Supremo por el turno reservado a los Magistrados especialmente cualificados por haber superado pruebas de promoción o especialización.

Tercero.- En último término, considero que, con el fin de paliar la incertidumbre jurídica producida por el legislador orgánico al regular los sistemas de promoción y de especialización de Jueces y Magistrados, en relación con el sistema de provisión de plazas en los ordenes jurisdiccionales civil y penal, y evitar la lesión de los derechos adquiridos de aquellos Jueces y Magistrados que, amparados en el principio de confianza legítima, han participado en pruebas selectivas de especialización en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, en aras de preservar el principio de igualdad jurídica y el principio de seguridad jurídica, procedía que la sentencia del Pleno de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contuviera un pronunciamiento admonitorio consistente en apelar al legislador orgánico para que complete la regulación mediante la adición de una disposición transitoria a la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, dando cumplimiento material a la reserva de Ley Orgánica, reconozca su capacidad para acceder al Tribunal Supremo por el turno establecido en el artículo 344.a) del referido texto legal .

Firma: José Manuel Bandrés. - Rubricado.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR, QUE AL AMPARO DEL ART. 260 DEL LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL , FORMULA EL MAGISTRADO DON Luis Maria Díez-Picazo Gimenez A LA SENTENCIA DE FECHA 19 DE JULIO DE 2013 DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO **349/2011**, AL QUE

SE ADHIEREN, D. Segundo Menendez Perez, D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, D^a Celsa Pico Lorenzo, D. Diego Cordoba Castroverde.

Con el máximo respeto formulo el presente voto particular, por entender, frente al parecer mayoritario del Pleno de la Sala, que la impugnación del art. 327.2 del Reglamento de la Carrera Judicial habría debido ser estimada.

El citado precepto reglamentario dispone: "De conformidad con lo dispuesto en el apartado e) del número uno del artículo anterior, el Consejo General del Poder Judicial, previa petición, podrá autorizar a los miembros de la Carrera Judicial para compatibilizar su cargo con el ejercicio de la docencia o investigación jurídica así como con la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla, cuando sea necesario de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas."

Por su parte, el apartado quinto del art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el citado precepto reglamentario está llamado a desarrollar, establece que el cargo de Juez o Magistrado es incompatible: "Con todo empleo o profesión retribuida, salvo la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas."

Pues bien, el art. 327.2 del Reglamento de la Carrera Judicial es más restrictivo que el apartado quinto del art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El precepto reglamentario parte del presupuesto de que las actividades contempladas -es decir, la docencia e investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica- pueden ser autorizadas. Pero esto es algo distinto de lo que establece el art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exceptúa dichas actividades del régimen de incompatibilidades y, por consiguiente, las configura como libres. La remisión que el precepto legal hace a la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas en nada afecta a lo que se acaba de señalar, pues una cosa es que la compatibilidad de esas actividades con el cargo de Juez o Magistrado haya de adecuarse a lo previsto para los funcionarios públicos y otra cosa, muy distinta, que se trate de actividades sometidas por principio a previa autorización. Existe, así, una clara extralimitación del precepto reglamentario con respecto a la norma legal que dice desarrollar.

A ello debe añadirse que el art. 327.2 del Reglamento de la Carrera Judicial tampoco casa con la Ley 53/1984, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, a la que el art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hace remisión. A tenor del art. 19 de la Ley 53/1984, "quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la presente Ley las actividades siguientes: (...) f) La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de aquéllas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios". Obsérvese que, si bien con una redacción menos clara, el art. 389 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no dice, en el fondo, algo diferente; y ello porque lo que hace es declarar incompatible con el cargo de Juez o Magistrado "todo empleo, cargo o profesión retribuida", de manera que la docencia e investigación jurídica y la producción y creación literaria, artística, científica y técnica han de ser vistas como excepciones a dicha incompatibilidad, naturalmente siempre que no se desarrollen en el seno de una relación de servicio retribuido. Así las cosas, configurar dichas actividades como susceptibles de autorización resulta también contrario a la letra y el espíritu del art. 19. f) de la Ley 53/1984, donde hoy se encuentra la regulación sustantiva de esta materia.

Para concluir, es de suma importancia no olvidar que la libertad de "producción y creación literaria, artística, científica y técnica" es un derecho fundamental, reconocido por el art. 20.1.b) de la Constitución. Ello significa no sólo que resulta difícilmente justificable someter su ejercicio a una regla general de autorización previa, sino sobre todo que su regulación - especialmente cuando, como ocurre en el presente caso, es de signo restrictivo- no puede hacerse mediante un precepto reglamentario carente de cobertura en ninguna norma con rango de ley.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D. Segundo Menendez Perez

D. Manuel Campos Sanchez-Bordona D^a Celsa Pico Lorenzo

D. Diego Cordoba Castroverde